

Universidad de Palermo
Facultad de Derecho
Maestría en Derechos Humanos y Derecho Constitucional

La propiedad privada en perspectiva de derechos humanos: de las teorías de la justicia con base en derechos a la protección internacional

Tesis presentada por Fernanda Levenzon
Legajo n. 41766
Director de Tesis: Marcelo Alegre

Buenos Aires, noviembre de 2011

Aval Tesis de Maestría de Fernanda Levenzon

Buenos Aires, Octubre 25 de 2011.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo

Estimado Roberto Saba:

Por la presente nota expreso mi aval para que Fernanda Levenzon pueda defender su tesis de Maestría: “La propiedad privada en perspectiva de derechos humanos: de las teorías de la justicia con base en derechos a la protección internacional”.

Mi dirigida ha llevado a cabo un cuidado análisis crítico de las principales corrientes justificatorias del derecho de propiedad, con énfasis en las vertientes liberales clásica e igualitaria. El nudo de su tesis es la necesidad de considerar el derecho de propiedad desde la perspectiva de los derechos humanos. Con ese fin ha estudiado el tratamiento de la cuestión en el sistema interamericano de DDHH.

El resultado es un tratamiento matizado, ameno y profundo de un tema de fuerte relevancia práctica. El hecho de que el castellano no sea la primera lengua de la tesista muestra además el esfuerzo y dedicación puesto en la tarea. Avalo su trabajo con entusiasmo por la maestranda y porque que la Maestría sigue produciendo excelentes resultados.

Cordialmente,

Marcelo Alegre

Resumen

En esa tesis se pretende establecer un punto de partida para formular una concepción de la propiedad privada que sea compatible con las teorías de la justicia con base en derechos y la teoría de los derechos humanos. Investiga si, en la Historia, ha existido un criterio de justicia en el diseño de las leyes e instituciones relativas a la propiedad privada, y cuáles podrían ser las contribuciones de las teorías de la justicia con base en derechos para las instituciones relativas a la propiedad y el problema de su distribución. Para responder si la propiedad es un derecho humano, la tesis explora las concepciones existentes y el motivo por el cual ese derecho no ha sido incorporado a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chiriboga vs. Ecuador, especialmente relevante por tratar del tema la función social de la propiedad sobre la tierra.

La tesis demuestra el carácter polisémico de la propiedad privada, motivo por lo cual no hay consenso en relación a su configuración como un derecho humano, señalando sus distintas facetas: como una libertad básica o una parte de la igualdad de oportunidades (Rawls), el derecho general a la propiedad o un derecho especial de propiedad (Waldron), el derecho fundamental y el derecho patrimonial (Ferrajoli). Se concluye, con base en la doctrina examinada, que la propiedad privada solamente merece la protección especial relativa a los derechos humanos cuando se vincula a la garantía de las condiciones mínimas de vida. En los casos en que la propiedad se presente como un derecho exclusivamente patrimonial, debe tener únicamente la protección de las instituciones del derecho civil.

Indice

Introducción	1
1. Propiedad y teorías de la justicia con base en derechos.....	10
1.1 Ausencia de una teoría de la justicia en la concepción tradicional de la propiedad.....	12
1.2 La propiedad en la teoría de la justicia de Rawls	19
1.3 La igualdad de recursos	25
1.4 Nozick y la justicia retributiva.....	33
2. Por una concepción de propiedad compatible con los derechos humanos.....	36
2.1 Es la propiedad privada sobre el suelo un derecho humano?.....	36
2.2 El derecho de propiedad en los instrumentos internacionales de derechos humanos	45
2.3 La función social de la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador	51
Conclusiones.....	62
Bibliografía	69
Curriculum Fernanda Levenzon	71

Introducción

A pesar de la existencia de importantes discusiones sobre el derecho de propiedad en el ámbito de los derechos humanos, no se han logrado los consensos necesarios para producir instrumentos que den cuenta de una definición rigurosa del contenido y alcance de ese derecho. El tema ha sido abordado de manera indirecta en la elaboración de las observaciones generales números 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹, en 1991 y 1997, y más directamente en el informe del experto independiente sobre el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva en 1993, un intento para avanzar en el análisis de ese derecho en el ámbito del sistema universal de derechos humanos.²

Sin embargo, no existe ningún documento jurídico de carácter vinculante producido por los órganos de control y monitoreo de derechos humanos que describa al derecho y las obligaciones relativas al mismo de manera más detallada. Ello se debe, principalmente, a la dificultad de conciliar los entendimientos cabalmente distintos que suelen ser suscitados alrededor de la temática de la propiedad. Esa polarización se verificó, por ejemplo, en los trabajos de la Comisión de Derechos

¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General n. 4: El derecho a la vivienda adecuada* (E/1992/23), adoptada en el 13 de diciembre de 1991, y *Observación General n. 7: El derecho a la vivienda adecuada: desalojos forzados* (E/1998/22), adoptada en el 20 de mayo de 1997.

² E/CN.4/1994/19, *El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva*, Informe presentado por el Sr. Luis Valencia Rodríguez, experto Independiente, en el 25 de noviembre de 1993. El informe se origina de solicitud expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Comisión de Derechos Humanos, en la resolución 45/98 de 14 de diciembre de 1990, para que “al abordar la cuestión de la realización en todos los países de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, examinara la manera y la medida en que el respeto a la propiedad individual y colectiva contribuía a desarrollar la libertad y la iniciativa de la persona, como medio de fomentar, fortalecer y realizar el ejercicio de otros derechos humanos y libertades fundamentales”.

Humanos de las Naciones Unidas para la preparación de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. La divergencia insuperable de perspectivas entre la comunidad internacional culminó en la supresión de ese derecho de los proyectos de ambos Pactos.

Como consecuencia de ese vacío, el lugar de la propiedad en el derecho internacional de los derechos humanos fue progresivamente ocupado por discusiones, igualmente importantes, sobre soberanía alimentaria, uso de los recursos naturales, cambio climático y propiedad intelectual, entre otros. Por otro lado, todas esas discusiones, de igual manera que el debate sobre el derecho a la vivienda, a la tierra, a la alimentación, dependen de una reglamentación más precisa y definición clara del contenido y alcance del derecho de propiedad, sobretodo sus poderes y límites. Es comprensible que por mucho tiempo ese tema haya sido excluido de las discusiones, especialmente las que ocurrieron durante la polarización mundial de la Guerra Fría. Sin embargo, con la maduración de las instituciones de derechos humanos, la expectativa es que ese debate vuelva a florecer.

El sistema interamericano de derechos humanos, en contraste con el universal, ha avanzado de manera más significativa en relación al derecho de propiedad, principalmente en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas originarios a su territorio y recursos naturales. El reconocimiento de esos derechos aporta una serie de contribuciones al esclarecimiento de interrogantes sobre el tema de la propiedad. Sin embargo, esas decisiones todavía son limitadas y no ofrecen criterios universales, siendo necesario aun que se construya un concepto más amplio de derecho de propiedad y también sobre los deberes inherentes a ello.

Desde ese momento, aclaramos que vamos a hablar en el derecho de propiedad o en propiedad “a secas”, por una cuestión de simplificación, aunque lo más correcto sería referirnos a derechos de propiedad, considerándose las diversas formas en que ese instituto puede presentarse. Asimismo, utilizaremos las expresiones derecho de propiedad y derecho a la propiedad indistintamente, por más que en el desarrollo de esta tesis analizaremos las diferencias subsistentes entre esas dos expresiones y optaremos por una de ellas.

Por otro lado, subrayamos que nos limitaremos a analizar los temas relativos a la propiedad sobre los bienes inmuebles, en especial la propiedad sobre la tierra y la vivienda. Consideramos que ese tipo de propiedad es el que ha sido objeto de las principales controversias académicas, tal vez dado a la escasez de la tierra en la naturaleza, y por eso merece atención particular. Dejaremos de analizar la temática de los recursos naturales, como el agua y los minerales, por entender que, por su utilidad común a la humanidad, merecen un régimen específico de asignación pues no son compatibles con la apropiación individual.

Como punto previo, es importante tener en cuenta que la concepción de propiedad que todavía prevalece en el discurso de los juristas es la propiedad sagrada y absoluta, una herencia que en mucho se debe a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 1789³ y al Código Civil francés del 1804⁴. La construcción de ese concepto se caracterizó por la atribución de dos elementos esenciales a la propiedad: 1) ella sería ilimitada, es decir, ni el Estado ni terceros

³ La Declaración Francesa establece que “La propiedad es un derecho natural imprescriptible del hombre” (art. II), lo cual es “inviolable y sagrado” (art. XVII).

⁴ El Código Civil Francés de 1804, establece en el artículo 544, aun en vigencia, que “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”.

podrían establecer restricciones; 2) todos los poderes inherentes a ella serían atribuidos exclusivamente a un titular, y no podrían ser repartidos entre diferentes individuos.

A primera vista, ese concepto parecería desvirtuado de la noción de propiedad que prevalece en la actualidad. Por un lado, existen formas complejas de propiedad, lo que conlleva a una posible concepción de la propiedad como un *bundle of rights*.⁵ Así, por ejemplo, podemos pensar en las complejas construcciones del derecho urbanístico en torno a los derechos de propiedad, como por ejemplo el derecho de superficie, que es el derecho autónomo a construir o sembrar en la superficie, y puede ser transferido a otra persona por el propietario que mantiene el dominio sobre el bien.⁶ Por otro lado, cada vez más se imponen restricciones legales al uso y goce de los bienes inmuebles, especialmente en virtud de la preservación ambiental, histórica, cultural o artística. En ese caso, se podría mencionar la restricción a la libertad de construir en razón del ordenamiento territorial-urbanístico o la limitación del uso de los recursos naturales en virtud de la demarcación de áreas de preservación ambiental.

⁵ La idea de propiedad como *bundle of rights* se refiere a las diversas relaciones de poderes y deberes entre las personas, las cuales regulan la utilización de una cosa. Esa idea fue incorporada al movimiento realista norteamericano con el objetivo de desconstruir la concepción de propiedad natural y absoluta. Con ello, se permitiría fundamentar la redistribución de la propiedad, ya que esta sería solamente *a variable collection of interests established by social convention* (Merril y Smith, 2001 pág. 365). Por otro lado, esta misma concepción también fue incorporada por el movimiento *Law and Economics*, por considerarla compatible con la más alta complejidad de las relaciones del mercado, haciendo posible que sobre un mismo objeto incidieran diversos derechos reales con diversos titulares al mismo tiempo. Ella contrasta con la tradicional concepción de la propiedad *in rem*, la cual pone en primer plano la relación directa entre el hombre y la cosa, frente a la cual todas las demás personas tienen deberes de abstención. Esa última concepción garantizaría la seguridad de los demás miembros de la sociedad en cuanto a la información: una vez conocido el propietario todos los demás saben quién es el titular de los derechos sobre el objeto y quiénes son los titulares de deberes.

⁶ En Brasil, el artículo 21 del Estatuto da Cidade, Ley 10.257 del 2001, regula el derecho de superficie: “O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície de seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis.” Es interesante notar que ese instituto se acerca a la propiedad feudal pues permite una división de la propiedad en “camadas”, y contrasta con la idea de la propiedad absoluta e indivisible.

A pesar de la incorporación de formas complejas de propiedad a los sistemas jurídicos contemporáneos, prevalece en la cultura jurídica y política, así como en las leyes de orden general y constituciones, una concepción de propiedad sagrada y absoluta. La Constitución Argentina es un ejemplo de norma fundamental que identifica la propiedad con el poder de uso ilimitado, estableciendo, en su artículo 14, el derecho de todos los habitantes a usar y disponer de su propiedad. Asimismo, el artículo 17, más que el derecho a la propiedad, protege el propio instituto de la propiedad, estableciendo que “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. Cabe mencionar que esas disposiciones fueron suavizadas en la reforma del 1994 por la introducción de las convenciones de derechos humanos en el orden constitucional, por medio del inciso 22 del artículo 75, que incorpora el principio de la función social de la propiedad y la prohibición de usura y toda forma de explotación del hombre sobre el hombre presentes en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, el mito de la propiedad absoluta e inviolable es derribado cotidianamente por medio de leyes y prácticas que reducen gradualmente el poder de disponer, usar y gozar del propietario de acuerdo a las prioridades elegidas por la sociedad. Así, el propietario que tiene restricciones a la construcción en su terreno en virtud de los límites de construcción en una área histórica de una ciudad pierde, en algún grado, su derecho de propiedad, por más que esa restricción sea aparentemente contraria al derecho de uso y goce ilimitado previsto en la Constitución. ¿Cuál es, entonces, el origen de esa disociación entre la concepción de la propiedad y las prácticas de las instituciones?

Una lectura histórica de los derechos de propiedad conduce a la constatación de que la noción de propiedad sagrada y absoluta nunca correspondió a la realidad de las instituciones. En verdad, se forjó como un mito que, de tiempos en tiempos, sirve para fundamentar las demandas de algunos grupos sociales que buscan la legitimización de usos de propiedad que colisionan con los ideales de justicia social o pleitean prioridad en las inversiones de recursos estatales para la protección sus bienes, en detrimento de otras políticas sociales. Como narra la historiadora Rosa Congost, las revoluciones liberales en Europa no resultaran en una modificación abrupta de las prácticas alrededor de la propiedad. Para ella, la superación del sistema feudal en Europa no fue una ruptura, sino un proceso gradual, en el cual las formas de propiedad feudal fueron siendo eliminadas progresivamente.⁷ En contraste con la visión la Revolución Francesa como un hito que supera formas feudales en favor de las formas modernas de propiedad, advierte que existen *estudios que consideran que los derechos feudales supuestamente abolidos hacía tiempo que eran cuestionados y que muchos de ellos habían dejado de ser satisfechos*. (Congost, 2007, pág. 53).

Congost propone un enfoque de la propiedad en la historia diferente de la frecuente mirada lineal y estatista, la cual enfatizaría más a las rupturas que a los procesos y utilizaría como fuente solamente las normas estatales, sin considerar las relaciones sociales de hecho existentes en torno de la propiedad. Para conocer la realidad de los derechos de propiedad, en cada momento y en cada espacio, la autora sugiere algunas preguntas-clave: *¿qué derechos se ejercían?, ¿qué derechos eran contestados?, ¿qué derechos eran reivindicados? y, en los tres casos, ¿por quién?* (Congost, 2007, pág. 57). Esa mirada de la propiedad como relación social demuestra

⁷ Nótese que las formas feudales de propiedad se caracterizaban por una gran fragmentación entre los diversos derechos de uso y goce de los inmuebles, que se asignaban a diferentes titulares.

que, la construcción histórica de derechos de propiedad se apoyó más en relaciones de poder en momentos dados que en preocupaciones sobre la justicia en las instituciones.

Consideramos que un marco interesante para examinar las diferentes concepciones de propiedad es la perspectiva de las teorías de la justicia. Sin embargo, también es importante tener en cuenta que las teorías de la justicia igualitaristas omiten (o son poco detallistas) en lo que dice respecto al derecho de propiedad. En este trabajo, pretendemos analizar las consecuencias de esas teorías cuando son aplicadas en la temática del derecho a la propiedad, principalmente en relación al contenido y alcance de ese derecho. Nuestro punto de partida es que, por más que exista un núcleo conceptual inherente a la propiedad privada, las diferentes justificaciones pensadas para el instituto originan diferentes concepciones. El concepto de propiedad se vincularía al sistema por el cual los recursos materiales son asignados a determinados individuos, y este núcleo conceptual puede ser observado en todos los sistemas jurídicos, sin importar que sean fundamentalmente distintas las concepciones (Waldron, 1990, p. 26 y ss.). En esa línea de análisis, los derechos y deberes del propietario están relacionados con la justificación que se da a la propiedad privada, y por lo tanto están relacionado con la concepción que se asigne a esta.

En el primer capítulo, pretendemos demostrar cómo ha ocurrido el desarrollo de las justificaciones y concepciones del derecho de propiedad en la historia del derecho y de las instituciones. La pregunta principal que nos proponemos responder es si ha existe una teoría moral en la justificación de la concepción moderna de la propiedad o si prepondera la influencia de factores sociales y de poder. Asimismo, analizaremos brevemente los fundamentos que han sido desarrolladas por

los modelos utilitaristas o consecuencialistas de pensamiento, y demostraremos cuáles son sus principales equívocos que nos impiden adoptarlos como teorías que fundamentan el derecho a la propiedad. Luego, pasaremos a analizar cómo la propiedad es pensada en las principales teorías deontológicas que influyen los debates que prevalecen en la actualidad, nombradamente las teorías de John Rawls, Ronald Dworkin y Robert Nozick.

Con base en el marco teórico presentado, pasaremos a dibujar, en el segundo capítulo, una posible concepción de propiedad que sea compatible con las teorías morales deontológicas y con los derechos humanos. En el punto 2.1, cuestionaremos la designación irrestricta de la propiedad privada como un derecho humano, refiriéndonos a la teoría de los derechos humanos, para precisar bajo qué requerimientos es posible concebir un derecho humano a la propiedad. En el punto 2.2, haremos un recorrido por los debates sobre el reconocimiento y el carácter vinculante del derecho a la propiedad en el ámbito del derecho internacional, explicando porque el derecho a la propiedad no fue incluido en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos o de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el punto 2.3, vamos a presentar una sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que será cotejada con la teoría expuesta en los capítulos anteriores, para determinar en qué medida la interpretación de ese órgano de control de derechos humanos se acerca a nuestra propuesta.

Por fin, subrayamos que no pretendemos cuestionar la utilización del instituto de la propiedad privada como el sistema para asignar los recursos materiales existentes en el ambiente. A partir de las teorías de la justicia con base en derechos, la

propiedad es considerada una libertad básica (Rawls) o aún una “carta de triunfo” (Dworkin). Ello significa que el derecho a ser propietario no puede someterse a consideraciones de utilidad general, pues esto significaría salir del ámbito del análisis deontológico. Sin embargo, esas consideraciones también nos llevan a pensar en un concepto de propiedad compatible con la primacía de los derechos y el principio de igualdad. De lo contrario, estaríamos haciendo una elección sin llevarla a sus consecuencias últimas, en ese caso la redefinición de la concepción del derecho de propiedad. Por lo tanto, lo que pretendemos es revisar cómo se justifica la propiedad en esas teorías de la justicia, acercándonos a una concepción de propiedad derivada de ellas. Apenas de esa manera sería posible delimitar las consecuencias de la adopción de esa concepción en términos de contenido y alcance del derecho a la propiedad.

1. Propiedad y teorías de la justicia con base en derechos

En ese capítulo exploraremos cómo las teorías de la justicia con base en derechos, específicamente las de Rawls, Dworkin e Nozick, enfrentan el problema del derecho a la propiedad. Esos autores hacen diversas referencias al derecho a la propiedad, aunque no se proponen analizar la temática en profundidad. Sin embargo, entendemos que es posible diseñar una concepción de derecho a la propiedad compatible las teorías de la justicia con base en derechos, a partir de una lectura harmónica de sus obras.

Asimismo, entendemos que la teoría de la propiedad puede agregar valor a las teorías de la justicia que se proponen buscar sociedades más igualitarias en derechos y oportunidades. La falta de un esquema específico para la propiedad es un vacío en esas teorías, pues significa una permisón para la acumulación infinita de bienes, incompatible con la igualdad de oportunidades deseada.

En ese punto, cabe aclarar que nos referimos a teorías de la justicia con base en derechos, o teorías deontologistas, en oposición a las teorías de la justicia consecuencialistas o utilitaristas. Por teorías consecuencialistas o utilitaristas nos referimos a aquellas teorías que privilegian el bienestar general en detrimento de los derechos e intereses individuales. La preocupación de esas teorías suele ser maximizar el bien, y no necesariamente el correcto, siendo que la definición de bien puede variar entre felicidad, placer, satisfacción del deseo, entre otros. Aunque comportan

principios de justicia, las teorías utilitaristas los abandonan siempre que sea necesario para asegurar la maximización de la suma de las ventajas (Rawls, 1993, págs. 44-45). Son, en alguna medida, una respuesta a las doctrinas de los derechos naturales. Ente sus principales defensores, podemos citar a Jeremy Bentham. Para Hart, esas teorías, antes ampliamente aceptadas, fueron sustituidas por una “doctrina de derechos humanos básicos que proteja intereses y específicas libertades básicas de los individuos” (2003, pág. 15). Refutamos a las teorías consecuencialistas debido a que su aplicación puede conllevar la restricción inaceptable a derechos fundamentales de individuos determinados en favor de una mejora en la situación de la sociedad considerada en su conjunto, y por lo tanto no las vamos a adoptar en el marco teórico de nuestro trabajo. En lugar de ellas, preferimos nos concentrar en las teorías que tienen base en derechos, es decir, que no admiten restricciones en la esfera individual de una persona en razón de un beneficio para la comunidad.

1.1 Ausencia de una teoría de la justicia en la concepción tradicional de la propiedad

Analizando la problemática sobre la definición de la propiedad privada, Jeremy Waldron plantea que la frecuente dificultad en definirse qué es el derecho de propiedad privada adviene de que se trata de un concepto con diferentes concepciones. Así, la propiedad tendría un núcleo duro, un concepto que es invariable y consiste en “un sistema de reglas que rigen el acceso a y el control sobre los recursos materiales” (Waldron, 1990, pág. 31, traducción propia). Ese concepto se relaciona con la escasez de los recursos materiales frente a las necesidades humanas y el requerimiento de que exista un sistema de asignación (*allocation*) de esos recursos en la sociedad.⁸

En paralelo a ese concepto central, habría concepciones diversas, las cuales serían variables y dependerían de la opción adoptada en cada sistema jurídico. Para Waldron, las diferentes justificaciones pensadas para la propiedad privada originarían diferentes concepciones acerca de esta, sin menoscabo del núcleo existente en el concepto del instituto. En ese esquema, los derechos y deberes provenientes de la propiedad no serían parte de este concepto, sino que serían determinados previamente por reglas generales de conducta. Es decir, el concepto de propiedad comprendería apenas la definición de cuáles son los individuos que pueden utilizar un objeto en un determinado momento, y no las restricciones al comportamiento del propietario (Waldron, 1990, pág. 32).

⁸ Waldron reconoce que ese concepto es limitado pues solo incorpora la propiedad material, dejando de lado la inmaterial, al cual su concepto debería extenderse por analogía (Waldron, 1990, pág. 34). Sin embargo, no nos detendremos en esa cuestión pues en este trabajo nos centramos en la propiedad material.

Para una comprensión amplia de la historia de la propiedad, que incluya no solo el desarrollo de las instituciones sino también las relaciones sociales, es preciso considerar que esa abstracción jurídica tuvo por finalidad consolidar determinados esquemas sociales y políticos. No existe ni existió un modelo de justicia implícito en el desarrollo del derecho de propiedad, sino una teorización y postivación de los intereses de los grupos minoritarios en mantener su dominio sobre las tierras que poseían. Rosa Congost, en *Tierras, Leyes, Historia*, narra cómo los cambios legales relacionados con el establecimiento del derecho de propiedad individual, especialmente durante las revoluciones liberales, representaran nada más que la consolidación de determinadas relaciones sociales preexistentes o en proceso de formación.

Así, afirma Congost que “el carácter abstracto – supuestamente científico – de los razonamientos de algunos jueces y gobernantes permitió convertir los intereses particulares, concretos, prácticos, de una minoría en derechos abstractos, teóricos, que podían ser garantizados por gobiernos” (Congost, 2007, pág. 106). Para esa finalidad, la doctrina del derecho natural, que presupone un orden natural superior inmutable, fue difundida con el propósito de justificar la consolidación del derecho de propiedad como un derecho incuestionable. Congost remarca la contradicción de la doctrina del derecho natural, que en un primer momento se preocupó en justificar un derecho a la subsistencia, es decir, la preservación de condiciones mínimas de la existencia, mientras en un momento posterior sirvió para proteger *el máximo goce de los bienes posible*. (2007, pág. 107).⁹

⁹ Congost sostiene que, en la Edad Media, la idea del derecho natural estuvo asociada al *ius necessitatis*, o el derecho de subsistencia, el que progresivamente cayó en desuso. “En los siglos XVI y

En ese esfuerzo para crear un instituto capaz de proteger los mencionados intereses, se fortalecieron ideales políticos que no necesariamente coincidían con las concepciones elaboradas por los teóricos del liberalismo. La consagración del individualismo posesivo en la tradición del Derecho Continental es comúnmente vinculada al pensamiento liberal de autores como John Locke. Sin embargo, su teoría, que incluía límites a la propiedad, contrasta con el dogma de la propiedad sagrada y absoluta. Para el filósofo inglés, la fundamentación del derecho de propiedad se relaciona con su origen natural, pues ella representa la exteriorización del trabajo del hombre o de sus ancestrales.¹⁰ Así, para fundamentar el derecho de propiedad, Locke recurre al derecho natural de cada individuo a la preservación y a los bienes necesarios para la subsistencia, como la carne y el agua (Locke, 2005). El contexto de ese razonamiento es explicado por Congost, para quien Locke es el último defensor de los usos y las tierras comunes, una vez que representa la transición entre una teoría de la propiedad como fuente de subsistencia y la propiedad como derecho individual absoluto (2007, pág. 103).

En términos generales, Locke no presentó una concepción de propiedad como un derecho absoluto e ilimitado. Por lo contrario, cuestiona hasta donde Dios habría dado la propiedad al hombre, y encuentra la respuesta en el disfrute (*to enjoy*). Afirma que todo lo que ultrapasara esa medida sería más que la parte de uno y pertenecería a los demás, ya que nada hecho por Dios podría ser destruido por el hombre. Consideraba que, mismo que las provisiones naturales fueran muchas y los

XVII, la mayoría de los autores seguía opinando que una persona que se hallase en una situación extrema y difícil podía tomar algunos bienes ajenos siempre que no pusiese en peligro la supervivencia del propietario y su familia” (Congost, 2007, pág. 102).

consumidores pocos, nadie, según el criterio de la razón, podría reservar a sí una parte de las provisiones que perjudicara a los demás. (Locke, 2005)¹¹

De manera similar, la noción del Derecho Continental sobre la propiedad absoluta está reflejada en el Código Francés, el pensamiento jurídico sobre la propiedad privada en el Common Law puede ser descubierta a partir de la obra de William Blackstone. En sus *Comentarios sobre el Derecho de Inglaterra*, afirma que: “Nada despierta la imaginación y las emociones de la humanidad como la propiedad, ese dominio despótico que el hombre reclama y ejerce sobre las cosas del mundo, y excluye los derechos de cualquier otro individuo del universo” (Rose, 2010, pág. 75). Para Carol Rose, esa célebre frase es frecuentemente citada por juristas que no se preocupan por el contenido integral del ensayo. Para ella, la afirmación de Blackstone sería más una metáfora que una descripción literal, ya que el jurista no exactamente incorpora una posición a favor de la propiedad absoluta; por el contrario, se propone a cuestionar los fundamentos de la institución como un derecho absoluto. Es decir, “para Blackstone, el axioma de la exclusividad era en algún sentido un tropo, una figura retórica que describía un tipo ideal, no una realidad”. (Rose, 2010, pág. 78)

Sin embargo, las doctrinas posteriores a las revoluciones liberales se alejaron de las consideraciones sobre la justicia en la apropiación de los bienes naturales, centrándose más en explicaciones de índole utilitarista. De esa manera, se forjó el mito según el cual las normas jurídicas que garantizan la propiedad privada

¹¹ El Código Civil Francés de 1804 ha sido la principal influencia del individualismo posesivo y ha sido reproducido por gran parte de los países que siguen la tradición del Derecho Continental Europeo. En mucho se debe a la influencia del pensador ginebrino Jean-Jacques Rousseau, quien ha afirmado, en su *Discurso sobre la Economía Política*, publicado en la *Encyclopedie*, que “el derecho de propiedad es el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos y es más importante, en alguna manera, que la propia libertad”, así como ha escrito que “el fundamento del pacto social es la propiedad” (Comparato, 1997, pág. 94).

sin restricciones de cualquier orden conllevan el aumento de la producción y del desarrollo económico y, en consecuencia, una mejora en el bienestar general.¹² Por ejemplo, frecuentemente se atribuyó al proceso de definición y fortalecimiento de los derechos de propiedad la explicación para el temprano desarrollo industrial de Inglaterra en relación a los demás países. Para los utilitaristas, las explotaciones familiares campesinas no favorecen las mejoras técnicas en la agricultura. Congost cuestiona ese mito, explicando que diversos estudios vienen demostrando que el modelo vigente de la propiedad privada, podría ser, en verdad, un freno al crecimiento económico:

Los numerosísimos ejemplos históricos de parcelación de tierras, por parte de los propietarios, sugieren que no eran necesarias grandes explotaciones para conseguir buenos resultados económicos. Pero tal vez lo más sorprendente de la nueva visión es que pone de relieve la miopía de la comunidad de los historiadores económicos ante lo que ahora aparece como una evidencia teórica indiscutible: la búsqueda de un aumento de la productividad de la tierra – y ésta ha sido, en la mayoría de los estudios históricos, la forma habitual de medir el crecimiento agrario – parece ser más propia de este tipo de explotaciones familiares – con poca disponibilidad de tierra y mucha disponibilidad de trabajo – que de las grandes – en las que el coste del trabajo podía representar un factor bastante inhibitorio de nuevas inversiones (Congost, 2007, pág. 116).

El ejemplo histórico citado por Congost para ilustrar la ineficacia del argumento de la propiedad absoluta como fuente de riquezas es la ocupación del

¹² Un enfoque utilitarista sobre la propiedad fue desarrollado por Jeremy Bentham, para quien el disfrute de la propiedad se relaciona con las expectativas de detención, las cuales, cuando disminuidas, producirían sufrimiento. “Bentham afirmaba que no se justificaba turbar el derecho de propiedad ni aun ante las distribuciones más inequitativas, incluyendo la servidumbre, pues de lo contrario el bienestar general de la sociedad se vería perjudicado” (Rose, 2010, pág. 102). En el modelo utilitarista, el sufrimiento que alguien experimenta cuando pierde su propiedad es más grande que los placeres generados para aquel que recibe una propiedad redistribuida de manera justa. Como consecuencia, los derechos existentes de propiedad deben ser respetados, sin importar cuán injustos sean ellos (Waldron, 2001, pág. 24). Seguramente, el argumento utilitarista incluye una grande dosis de subjetividad, visto que no es posible comparar los sentimientos, y muy fácilmente se podría contradecirlo sosteniendo que los placeres de la redistribución son más duraderos que el sufrimiento de la pérdida.

territorio norte-americano, en donde la regla para la apropiación fue inicialmente la regla de la primera ocupación. En 1862, en Estados Unidos, se publica el *Homestead Act*, dentro de un contexto en que crecía en el mundo la idea de la relativización del derecho de propiedad. Esta ley incluía la gradualidad de los precios de las tierras públicas y donaciones gratuitas de las mismas a los poseedores más pobres, lo que culminó en una distribución más equánime de las tierras en el país. Un total de 1,6 millones de autorizaciones fueron distribuidas, beneficiando inclusive a esclavos libertos, culminando en la privatización del 10% del territorio del país. La ley, juntamente con otros dispositivos jurídicos y la jurisprudencia, consagró el principio de la competitividad en el uso de las tierras sobre el de la propiedad absoluta. “Se rehusaba así el principio de la primera ocupación porque se consideraba que este principio atentaba contra el desarrollo económico” (Congost, 2007, pág. 111).

Del mismo modo, la conclusión de Congost puede ser corroborada con el ejemplo del modelo agropecuario de Brasil, según el Censo Agropecuario de 2006, producido por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística. Con base en datos del 2006, el Instituto informa que las pequeñas posesiones familiares, aunque corresponden a solamente el 84,4% del total de las propiedades rurales y ocupan nada más que el 24,3% del territorio rural, generan el 74,4% de los empleos en el medio rural y el 38% del valor bruto de la producción en el país.¹³ Esos datos contribuyen a enfrentar el mito de que el modelo de producción de la gran propiedad rural es más eficiente, pues demostrar que la pequeña propiedad familiar es capaz de producir más riquezas en proporción al área que ocupa.

¹³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *Censo Agropecuario- Agricultura Familiar 2006*, 2009, disponible en: www.ibge.gov.br. Resaltamos que el IBGE adopta otras formas de tenencia en su marco de análisis, por ese motivo nos referimos a propiedad en sentido genérico aquí.

Esas teorías utilitaristas son recicladas en la modernidad por los pensadores del Análisis Económico del Derecho. Para ellos, la propiedad es la única respuesta a la escasez ya que incentiva el trabajo y la inversión. Es decir, “la propiedad se justifica por su utilidad, y en especial por el modo en que promueve que el trabajo, la inversión, el planeamiento y la administración de recursos sean pacíficos y productivos” (Rose, 2010, pág. 95) y, por otro lado, “los derechos definidos con precisión reducen externalidades y costos de transacción y permiten el libre comercio de bienes y servicios entre productores y consumidores” (Rose, 2010, pág. 97). Ese pensamiento, evidentemente, no incorpora el problema de la justicia en la distribución de la propiedad.

1.2 La propiedad en la teoría de la justicia de Rawls

En la búsqueda de una concepción de justicia que oriente la atribución de derechos y deberes básicos y la distribución de los beneficios y encargos de la cooperación social, Rawls, en *Una Teoría de la Justicia*, formula dos principios de justicia sometidos a un orden lexicográfico. Este esquema permitiría disminuir la apelación a los *juicios ponderados* y la dependencia del uso de la intuición, la cual estaría asociada al uso de una pluralidad de principios que pueden chocarse sin reglas de prioridad (Rawls, 1993).

Los principios sugeridos por Rawls serían aceptados consensualmente por las partes en una posición inicial hipotética, en la cual no habría ninguna información sobre el estatus social o habilidades de las partes, que estarían sobre un velo de ignorancia, y que serían personas racionales y mutuamente desinteresadas, es decir, sin interés en los intereses de los demás. A esa manera de definir los principios Rawls denomina *justicia como equidad*. Así, los principios de justicia serían “aquéllos que aceptarían, en tanto que seres iguales, en tanto que personas racionales preocupadas por promover sus intereses, siempre y cuando supieron que ninguno de ellos estaba en situación de ventaja o desventaja en virtud de contingencias sociales y naturales” (Rawls, 1993, pág. 37).

Entre las instituciones sociales¹⁴ más importantes que hacen parte de la estructura básica de la sociedad, la cual es el objeto primario de la justicia, Rawls incluye, en un primer momento, el concepto más estricto de la propiedad particular de

¹⁴ Rawls entiende las instituciones como “un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc.” (1993, pág. 76).

los medios de producción, y en un segundo momento amplia su definición incluyendo a los sistemas de propiedad (1993, pág. 23 y 76). Las instituciones que integran la estructura básica, tales como la constitución política y los principales acuerdos económicos y sociales, definirían las posiciones iniciales de los individuos en la sociedad. Así, una estructura básica justa contribuiría para la eliminación de las desigualdades en el punto de partida, resultantes de las diferencias sociales y económicas, y la garantía de igualdad de oportunidades para todos según las habilidades y talentos de cada uno.

El primer principio, el de la igual libertad básica, y las dos aserciones del segundo, el principio de la diferencia y la igualdad equitativa de oportunidades, son ordenados por dos reglas de prioridad: la prioridad de la libertad y la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar.

Desde un abordaje superficial, parecería que el derecho a la propiedad se situaría más cerca del primer principio de justicia. Rawls se refiere al derecho a la propiedad privada entre la lista de las libertades básicas (1993, pág. 83). Como consecuencia, el derecho a la propiedad solo podría ser restringido en caso de conflicto con otra libertad básica, considerando que “esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas” (1993, pág. 83).

Sin embargo, Rawls también considera que la propiedad como institución estaría sometida al segundo principio de justicia. Aclara que la interpretación liberal de los principios debe buscar mitigar las contingencias sociales y la buena suerte en la

distribución de los bienes. Para que haya igualdad de oportunidades, debe haber condiciones sociales adecuadas, lo que incluye la necesidad de evitar la acumulación excesiva de propiedad y riqueza (Rawls, 1993, pág. 95). Es interesante subrayar que el segundo principio de justicia incluye el principio de la diferencia y la igualdad equitativa de oportunidades, siendo que el segundo tiene precedencia sobre el primero. La igualdad pensada por Rawls debe ser interpretada como una igualdad democrática, en contraposición a la igualdad natural, en la cual la distribución de rentas y riquezas está sometida a la distribución natural de habilidades y talentos, o la lotería natural. En ese sentido se debe comprender su preocupación por crear mecanismos que permitan que las habilidades y aspiraciones individuales no sean condicionadas por las clases sociales y los talentos naturales.

La comprensión de la propiedad como una institución regida por ambos principios parecería contradictoria. Sin embargo, la solución para ese problema reside en el argumento de Rawls de que algunas libertades no serían parte de la lista de las libertades básicas, no siendo protegidas por el primer principio, como ciertos tipos de propiedad, por ejemplo la propiedad de los medios de producción (1993, pág. 83). En ese sentido, mientras la propiedad como libertad estaría incluida en el primer principio, algunas formas específicas de propiedad serían ordenadas por el segundo principio. De esa manera, la institución de la propiedad podría ser orientada por los dos principios de justicia de Rawls.

Ahora bien, retornando al ejercicio de la posición inicial de Rawls, deberíamos avanzar un poco más y preguntarnos qué tipo de propiedad las partes racionales y desinteresadas juzgarían conveniente incluir en el primer principio, como

libertades básicas, y qué categorías en el segundo. Recordamos que las partes no conocen su status social ni sus habilidades. Una hipótesis posible es que las partes en la posición inicial solo elegirían un tipo de propiedad a ser protegida por el primer principio, la propiedad para fines de vivienda o subsistencia. Ello coincidiría con la tesis de Rawls la cual excluye a los medios de producción del primer principio, pero ampliaría la lista de los tipos de propiedad excluidos. Asimismo, esa posición no es incoherente con la teoría en su integralidad, pues ya se ha mencionado que la lista de los tipos de propiedad sobre el primer principio sería abierta.

La intención de esa argumentación nada más es que desarrollar la tesis de Rawls para una institución específica, el sistema de derecho de propiedad. Con ello no se estaría utilizando los principios de justicia para realizar la distribución de determinados bienes a individuos particulares que puedan ser identificados con nombres propios, finalidad para cual los principios no se aplican (Rawls, 1993, pág. 86), sino meditando sobre principios generales para los sistemas de propiedad que deriven de los principios de justicia.

El prefacio a la edición brasileña de *Una Teoría de la Justicia*, escrito por Rawls en 1990, profundiza su visión sobre el derecho de propiedad de los medios de producción. Rawls reitera que su principio de la diferencia no requiere ningún sistema económico específico y puede ser aplicado indistintamente a una democracia de la propiedad privada, a un régimen liberal-socialista o a un estado de bienestar social.

En tanto una concepción política, la justicia como equidad no incluye, por lo tanto, ningún derecho natural de propiedad privada de los medios de producción (aunque de hecho incluya un derecho de propiedad individual como necesario a la autonomía e integridad de los ciudadanos), ni un

derecho natural a la propiedad y a la gestión de las empresas por los trabajadores. En cambio, ofrece una concepción de justicia en que, dadas las circunstancias particulares de una nación, esas cuestiones pueden ser resueltas de forma racional (Rawls, 2002, pág. XIX, traducción libre).¹⁵

Es decir, cualquier sistema económico podría definir su sistema de asignación de propiedad, desde que se respetara el primer principio de la propiedad como libertad básica. Más allá que ello, Rawls explicita que el acceso a los medios productivos es un requisito para lograr la igualdad de oportunidades, afirmando que “las instituciones básicas deben desde el principio conceder a los ciudadanos en general, en lugar de a algunos pocos, los medios productivos que les permitan ser miembros totalmente cooperativos de una sociedad” (2002, pág. XVIII, traducción libre)¹⁶.

En el capítulo sobre las parcelas distributivas de su Teoría de la Justicia, Rawls hace un análisis sobre los sistemas económicos y brinda algunas claves sobre la utilización de los principios de justicia para la distribución de la propiedad en un sistema económico. Ese análisis se concentra en la proporción de los recursos sociales destinados a los bienes públicos, que favorecen a toda la comunidad. El autor considera que, dado la indivisibilidad y el carácter público de ciertos bienes esenciales, algunos de ellos deben ser regulados por el Estado. Así, menciona el problema de los daños públicos ocasionados al medio ambiente por la contaminación de algunas industrias, caso en el cual el mercado deja de registrar el costo social, y el

¹⁵ Original en portugués: “Como uma concepção política, a justiça como equidade não inclui, portanto, nenhum direito natural de propriedade privada dos meios de produção (embora de fato inclua um direito de propriedade pessoal como necessário à independência e à integridade dos cidadãos), nem um direito natural à propriedade e à gestão de empresas pelos trabalhadores. Em vez disso, oferece uma concepção de justiça à luz da qual, dadas as circunstâncias particulares de uma nação, essas questões podem ser resolvidas de forma racional.”

¹⁶ Original en portugués: “as instituições básicas devem desde o princípio conceder aos cidadãos em geral, e não apenas a uns poucos, os meios produtivos que lhes permitam ser membros totalmente cooperativos de uma sociedade”.

rol del gobierno debe ser instituir las correcciones necesarias. Asimismo, afirma que la producción de los bienes públicos puede ocurrir por medio de la propiedad privada o colectiva de los medios de producción sin distinción. Esto sería una opción de cada sociedad, ya que no se trata de lógica institucional, sino que de sociología política (Rawls, 1993, págs. 302-308). De esa manera, se podría inferir que la teoría de la justicia de Rawls es compatible con casos de restricciones a los derechos de propiedad, sea por medio de las restricciones a las industrias contaminadoras o por la posesión colectiva de algunos medios de producción. De igual manera, respalda la ampliación del acceso a los bienes inmuebles por medio de una distribución más igualitaria de las parcelas en una sociedad.

1.3 La igualdad de recursos

Mientras Rawls concibe una teoría que es aplicable tanto a una democracia de la propiedad privada cuanto a un régimen liberal-socialista, Dworkin, en su obra *La Virtud Soberana*, aclara que su modelo de justicia con base en la igualdad de recursos se aplica mejor a un modelo de mercado económico (2003, pág. 76). Dworkin rechaza la idea de igualdad del bienestar como criterio válido para una teoría igualitarista de la justicia. Ese tipo de igualdad siempre conllevaría un alto grado de subjetivismo, pues el concepto de bienestar siempre depende de las preferencias individuales. Asimismo, la igualdad como bienestar no sería una buena respuesta a la cuestión de la finitud de los recursos, pues “se supone que la gente, en condiciones de igualdad de bienestar, tiene que decidir qué tipo de vida quiere, con independencia de la información relevante que permita determinar hasta qué punto su elección reducirá, o incrementará la capacidad de los demás para tener lo que quieren” (Dworkin, 2003, pág. 79). En cambio, propone una igual distribución de los recursos, que no significaría que todos tengan riquezas iguales, del nacimiento hasta la muerte, sino que todos sean tratados con igual consideración. Así, más que una igualdad de resultados, Dworkin defiende un modelo que incluya iguales oportunidades para que todos accedan a los recursos en un modelo de libre mercado económico.

Para explicar su propuesta, Dworkin recurre a una posición inicial hipotética, en la cual un grupo de naufragos en una isla desierta hace una distribución de los recursos disponibles, por medio de una subasta. El resultado de la subasta debería satisfacer a todos, de tal manera que pueda ser sometido a un test de la codicia, en que se verifique que ningún inmigrante prefiera la cuota de otro

inmigrante a la suya. La contribución fundamental de la subasta sería proporcionar a unos información sobre la necesidad de los demás, es decir, “la subasta propone (...) que la verdadera medida de los recursos sociales dedicados a la vida de una persona establezca preguntando hasta qué punto ese recurso es realmente importante para otras personas” (Dworkin, 2003, pág. 80).

Dworkin, en su hipótesis, se preocupa con el problema de la continuidad de la igualdad de la posición inicial a lo largo del tiempo. Para enfrentarlo, imagina un sistema de seguros libremente contratados, lo que serviría para disminuir los riesgos de la mala suerte bruta (imprevisible), que se convertirían así en riesgos de suerte por opción (asumidos de acuerdo a la voluntad de cada uno). Para él, la igualdad debe ser *de recursos* y no *de bienestar* u otras consideraciones de utilidad, ya que cada uno debe ser responsable por sus gustos, sus talentos, sus opciones de bienes asegurados, en fin, por lo que hace cada uno con los recursos inicialmente distribuidos.

Aunque no desarrolle en profundidad el tema, Dworkin atribuye a la propiedad privada un lugar central en su esquema. Cuando se propone explicar la aplicación práctica de la teoría hasta entonces desarrollada, menciona que el principal obstáculo a la realización de la subasta tal como la imagina es la distribución vigente de los actuales recursos entre los propietarios. Cuestiona:

¿Cómo podemos usar la fantasía de la igualdad de recursos, imaginada para un mundo en el que se puede subastar todo y las subastas pueden durar indefinidamente, para elegir entre diversas posibilidades prácticas de nuestro mundo, donde la mayoría de las cosas ya pertenecen a alguien, casi ningún recurso material se encuentra, ni mucho menos, en su forma más abstracta y en el que una subasta general apenas se puede describir? (Dworkin, 2003, págs. 179-180)

Pondera Dworkin que su subasta imaginaria, por más que no pueda ser reproducida en la realidad, nos puede llevar a emitir juicios sobre la estructura jurídica y económica y sobre los patrones de distribución de la propiedad privada. Así, como consecuencia de la realización de la subasta imaginaria, sería posible pensar en cómo adaptar el modelo de la propiedad privada al postulado de la igualdad de recursos (2003, pág. 181). Aunque no nos ofrezca más detalles sobre la aplicación práctica de la subasta imaginaria al sistema de propiedad privada, sería posible realizar ese ejercicio.

Ackerman y Alstott, en la obra *The Stakeholder Society*, formularon una propuesta sobre como implementar una justa distribución inicial de los recursos en la sociedad, en una línea de argumentación que podría ser complementaria a Dworkin en lo referente a la propiedad (Ackerman & Alstott, 1999). Para ellos, el ideal de la igualdad de acceso a la educación no es suficiente para generar iguales oportunidades para todos. En muchos casos, las dificultades financieras impiden que algunos jóvenes persistan en su formación escolar, ya que no tienen condiciones de pagar por los estudios y/o deben trabajar para garantizar su sustento y de sus familias. Para Ackerman y Alstott, uno de los grandes problemas que enfrentamos hoy es que el envejecimiento de la población hace con que los jóvenes no logren acceder a la propiedad privada justamente cuando lo más necesitan, al comienzo de sus vidas independientes.

En ese sentido, Ackerman y Alstott proponen que a todos los jóvenes norte-americanos les sea dado un valor de 80 mil dólares americanos cuando alcancen la madurez, bajo algunas condiciones¹⁷. Ese patrimonio inicial correspondería a la

¹⁷ Entre las condiciones propuestas se puede mencionar la finalización de la enseñanza media. No vamos a mencionar todos los requisitos propuestos por los autores, tampoco su propuesta para las

participación (*the stake*) de cada uno de esos jóvenes sobre las riquezas acumuladas por la sociedad norteamericana durante su historia. Ese patrimonio inicial permitiría la inserción de los jóvenes en la sociedad, los cuales podrían elegir como aplicar la suma bajo algún tipo de orientación.

Es posible indagarse si la propuesta de Ackerman y Alstott representaría una manera eficaz de concretar una justa distribución inicial de los recursos, tal como es sugerida por Dworkin. No se podría afirmar con seguridad que esa propuesta sería bien sucedida en el test de la envidia, puesto que todavía habría personas con parcelas de patrimonio más valiosas que otras, ya que el patrimonio familiar pesaría en la situación inicial. Pero sin dudas se trata de un punto de partida más cercano al que fue propuesto por Dworkin, pues cada integrante de la sociedad estaría seguro de que recibiría su participación y, por lo tanto, mínimamente satisfecho con su cuota.

Además, un aspecto importante de la propuesta de Ackerman y Alstott es la intención de aplicar las teorías de la justicia igualitarista al análisis de la propiedad privada. Afirman que la propiedad privada, “más que derivar del estado de naturaleza, (...) se legitima únicamente cuando es compatible con el orden político más amplio creado por ciudadanos libres e iguales” (1999, pág. 32, nuestra traducción).¹⁸ Sin embargo, los autores reducen el alcance de la propiedad privada a un componente: la propiedad sobre el dinero (1999, pág. 25). En ese sentido, su

fuentes de financiamiento del programa, ya que no interesan para nuestra línea de argumentación. Tampoco vamos a enumerar las diversas objeciones que se pueden presentar a la propuesta, cómo el problema de los jóvenes que irían a desperdiciar los valores, el problema de las personas no beneficiarias de la política, entre otros. Solamente mencionamos que el gran obstáculo para la propuesta es la imposibilidad de universalizarla en un ámbito global, considerando que solamente sería viable en un país con recursos financieros excedentes, y aun así sería difícil garantizarse la sostenibilidad financiera de la política a largo plazo.

¹⁸ Original en inglés: “rather than emerging from the state of nature, private property is legitimate only when it is rendered compatible with the larger political order created by free and equal citizens”.

propuesta no se adecuaría a resolver el problema de las diversas otras formas de propiedad, incluyéndose la propiedad de las cosas inmuebles. Ello significa, en último análisis, que la distribución de dinero no permitiría necesariamente el acceso de todos los jóvenes a los bienes necesarios para la vivienda o subsistencia, una vez que ese acceso podría estar obstaculizado por otros factores. En la práctica, es probable que el acceso a los bienes inmuebles se dificultara dado que la inyección de los valores podría resultar en una suba de los precios en el mercado inmobiliario, especialmente sobre los inmuebles adecuados a los jóvenes.

Así, aunque la propuesta de Ackerman y Alstott es una manera interesante de aplicar la tesis de Dworkin en la distribución de la propiedad, ella no necesariamente conduciría a una igualdad en el acceso a la propiedad sobre los bienes inmuebles. Ella no nos dice nada respecto de cual sería un sistema de asignación de la propiedad compatible con una teoría de la justicia con base en derechos.¹⁹ En relación a la distribución del dinero, podría concretamente llegar a ser aplicada. En ese sentido, se puede concluir que la proposición posee el merito de ubicar la propiedad en el centro de la discusión, entretanto es limitada pues no enfrenta el problema de un modelo que se aplique a todas las formas de propiedad.

Thomas Paine, en su escrito *Agrarian Justice* de 1797, sugirió un modelo similar, aplicable a la propiedad inmueble rural. Considera que la tierra es un bien común de la raza humana (sic.), y por lo tanto el hombre solo es propietario del valor

¹⁹ Se podría contra argumentar que la propuesta de Ackerman y Alstott permitiría que los jóvenes logren, por medio del acceso al dinero, tener acceso a otras formas de propiedad. Sin embargo, es importante tener en cuenta que ni siempre el dinero implica más posibilidad para acceder a la propiedad inmueble. En primer lugar, es importante notar que el probable efecto del *stake* sería un aumento en el valor de los bienes inmuebles que interesan a los más jóvenes. Segundo, a veces será necesario acceder a un préstamo, lo que requiere un fiador, un histórico de crédito limpio, entre otros. Por último, la propiedad conlleva un serie de costos permanentes que difícilmente alguien de bajos ingresos podría hacer frente.

de las mejoras, no de la tierra. Entiende que el sistema de propiedad solo se justifica por la imposibilidad de separar las mejoras y cultivos de la tierra. Así, el hombre que usa la tierra debería pagar el alquiler del suelo (*ground-rent*) a la sociedad, con el objetivo de indemnizar aquellos que no tuvieran acceso a ella debido al establecimiento del sistema de propiedad del suelo. Para esto, imagina la constitución de un fondo con el diez por ciento del valor de las herencias y distribuido a los no-propietarios cuando estos cumplieren 21 años, además de una suma anual a pagar a todos aquellos con más de 50 años. Por medio de la tasación, Paine pretende reparar aquellos que no tuvieron oportunidades para acceder a la tierra. Es interesante notar que Paine ya consideraba la apropiación privada de la tierra como el principal motivo causador de la pobreza y la desigualdad de recursos (Paine, 1797).

Sin embargo, las dos propuestas que presentamos no garantizan una solución al problema relativo a cómo garantizar una real posibilidad de acceso a la propiedad inmueble. Ellas se concentran en la transferencia de recursos, pero no pueden asegurar una justa distribución de la tierra. La preocupación levantada por Dworkin, como habíamos mencionado, era que los recursos disponibles ya se encuentran apropiados en su mayoría. Un sistema justo de propiedad, que garantice una igualdad de oportunidades respecto de los recursos, debe tener en cuenta la necesidad de que las asignaciones de propiedad no sean eternas y absolutas, puedan ser revisadas periódicamente, asegurándose igual oportunidad para acceder a los bienes inmuebles.

Waldron menciona la posibilidad de implementar un sistema en el cual se reglamenten de manera independiente los derechos de uso y de transferencia. Para él,

un sistema de no-transferencia de la propiedad privada podría servir para impedir trastornos en el sistema de distribución inicial de recursos. Sin embargo, niega la posibilidad de un sistema puro de no-transferencia, considerando las dificultades de realizar asignaciones (*allocations*) periódicas y la pérdida de la seguridad que traería la limitación a la libre alineación de bienes entre individuos. Piensa en restricciones para algunos poderes, como las transmisiones *post mortem*, esto es, legado y herencia. Estas restricciones deberían ser sumadas a un sistema de tasación, que serviría para redistribuir y evitar fraudes al sistema parcial de no-transferencia (Waldron, 1990, pág. 434 y ss.).

En ese punto es interesante hacer una referencia a la concepción de Proudhon acerca de la propiedad. Aunque negara la propia idea de propiedad, sosteniendo que ella sería incompatible con la igualdad (Waldron, 1990, pág. 432), es posible que algunos de sus argumentos sean utilizados para pensar mejor el sistema de propiedad privada. En su raciocinio, la cantidad de recursos asignados a las personas debe ser inversamente proporcional a la cantidad de población existente (Waldron, 1990, pág. 437). Considerando que el número total de población es variable, los recursos deben ser periódicamente reasignados. Ello significa que si la población aumenta, el derecho universal a la propiedad demanda una reducción de la cantidad de recursos asignados a cada individuo. Es una idea que considera la “socialización de la escasez”, y por lo tanto requiere que las personas ajusten sus planes de vida en virtud del total de recursos disponibles para todos.

Seguramente, es una idea que no puede ser incorporada a las teorías de la justicia aquí analizadas, ya que utiliza consideraciones utilitaristas más allá de las

consideraciones de derechos. Sin embargo, el punto que nos interesa es su vinculación con la cuestión de la finitud de los recursos, y de que su distribución solo puede ocurrir a partir de limitaciones a la acumulación de la propiedad en manos de algunos pocos individuos.

El pensamiento crítico al Derecho pensó en las limitaciones al derecho de propiedad como requerimiento para alcanzar la justicia social. La doctrina de la función social de la propiedad incorporó obligaciones vinculadas al derecho de propiedad, es decir limitaciones al derecho absoluto del propietario. Para Radbruch, las teorías sociales de la propiedad se diferencian de las puramente individualistas por considerar que su uso debe estar dirigido al bienestar general y a la ética.²⁰ Esta doctrina intenta compatibilizar la idea de propiedad privada y consideraciones sociales de equidad. Esto es, la propiedad solo recibe todas las protecciones legales y puede ser considerada como integrante de un principio de justicia si sirve de alguna manera a la sociedad.²¹

²⁰ RADBRUCH, 2004, p. 206.

²¹ Diversos países han incorporado el requerimiento de atención a la función social de la propiedad en sus constituciones. Para el jurista Domingos da Silveira, la propiedad ya nace limitada, es decir, la función social es un requisito sin el cual el derecho de propiedad no se constituye (Silveira, 1998, pág. 13). La consecuencia de esa afirmación es que la propiedad que no cumple su función social no puede ser protegida integralmente. Es por ejemplo el caso de la expropiación sanción de Brasil para fines de reforma urbana o agraria, cuando la propiedad improductiva o subutilizada puede ser expropiada con títulos de deuda pública a ser pagos en 10 o 20 años (art. 182 y 184 de la Constitución de 1988). Otra consecuencia de la función social en el derecho brasileño es la prescripción adquisitiva para fines de vivienda o trabajo, que ocurre en un plazo reducido de 5 años (arts. 183 y 191).

1.4 Nozick y la justicia retributiva

En un primer análisis, el pensamiento de Robert Nozick, expuesto en el libro *Anarquía, Estado y Utopía*, parecería incompatible con el hilo conductor de ese trabajo. Su principal tesis es que el Estado solamente se puede justificar como un estado mínimo, pues todas las maneras de extender su actuación significarían violar los derechos de las personas. Luego, los modelos de justicia que incluyen requerimientos de distribución de recursos serían inviables, pues representarían una violación a los derechos de algunos. Por más que rechace la justicia distributiva, su teoría presenta algunos puntos de entrada interesantes sobre el tema de la propiedad, ya que desarrolla un esbozo de teoría de la justicia de las pertenencias.

Nozick entiende que las teorías de la justicia que contienen la distribución de las pertenencias o posesiones no pueden justificarse. La idea de justicia retributiva en las posesiones se explicaría de una manera histórica: una vez que la adquisición original de las pertenencias y su transferencia hayan ocurrido de manera justa, entonces la distribución es justa. Así, “si todas las pertenencias de la persona son justas, entonces el conjunto total (la distribución total) de las pertenencias es justo” (Nozick, 1990, pág. 156). En cambio, la idea de la justicia distributiva juzgaría apenas las porciones actuales de cada uno, sin considerar la historia de las adquisiciones o transferencias.

Para Nozick, los principios de justicia distributivos serían siempre pautados por un criterio. Así, las teorías que buscan la distribución siempre elegirían un criterio para asignar los bienes: el mérito, la necesidad, el esfuerzo personal, entre otros. El núcleo de su crítica a las teorías distributivas se refiere a que esas pautas

distributivas afectarían la libertad. Nozick fornece como ejemplo la situación hipotética en que Wilt Chamberlain, un talentoso jugador de baloncesto, recibe 25 centavos del precio de cada boleto de entrada al partido. Para Nozick, la distribución final en que Chamberlain recibe 250 mil dólares es justa porque no hay cambios en las porciones de los terceros, así como en el caso de una persona que decide trabajar tiempo extra, que aumenta su porción sin causar una disminución en la de los demás (Nozick, 1990, pág. 165)

Rechazando las teorías distributivas, Nozick señala que las teorías retributivas deben tener una justificación para la adquisición original de la propiedad. Cualquier teoría de la justicia de la adquisición tendrá una estipulación, similar a la pensada por John Locke, para quien la adquisición de la propiedad debe garantizar que se “haya dejado suficiente e igualmente bueno a los otros en común (sec. 27)”. Para Nozick, esa estipulación es relativa solamente a la adquisición original, pero no a las transferencias posteriores. El derecho sobre la pertenencia tiene la “sombra histórica” de la estipulación, que legitima ese derecho de propiedad, pero las transferencias posteriores solamente serían limitadas por “algún reflejo” de la estipulación. Nozick no aclara cual es ese reflejo, pero presenta algunas situaciones improbables en que podría ser utilizado, como por ejemplo la imposibilidad de que un propietario de una isla utilice su derecho de propiedad para ordenar a una víctima de un naufragio que se vaya de su isla. En fin, sostiene que “la estipulación de Locke no es “un principio de estado final”, concentra su atención sobre una forma particular en que las acciones de apropiación afectan a otros y no en la estructura de la situación que resulta” (Nozick, 1990, pág. 181).

Aunque la teoría presentada por Nozick puede ser criticada en muchos aspectos, su principal contribución es demostrar que es posible aplicar un principio de la justicia para la adquisición y transferencia de la propiedad. Su gran falla es haber partido del presupuesto teórico de que existen posibilidades infinitas para que individuos actúen conforme su voluntad, sin considerar las restricciones en la realidad que se derivan de la finitud de los recursos existentes, especialmente la tierra y los medios de producción. En el ejemplo de Chamberlain, Nozick desconoce que el aumento en la porción del jugador necesariamente requiere una contraprestación por parte de alguien. En ese caso, probablemente el organizador de los partidos tendría una reducción en su porción, que tarde o temprano sería revertido a los espectadores por un aumento en el valor de ingreso. En ese sentido, la teoría de Nozick difícilmente podría ser aplicada para explicar una concepción de propiedad que sea compatible con los derechos humanos.

2. Por una concepción de propiedad compatible con los derechos humanos

2.1 Es la propiedad privada sobre el suelo un derecho humano?

Las definiciones más usuales de los derechos humanos remiten a la idea de una necesidad que es seleccionada por la sociedad por tener un carácter esencial y que, por lo tanto, debe tener una protección especial frente a los demás miembros de la sociedad y al Estado. Por más que probablemente siempre haya existido la noción de derechos existentes más allá del marco legal adoptado por una determinada comunidad, solamente en el periodo pos-Segunda Guerra Mundial es que los Estados pasan a reconocer la idea de derechos humanos en cuanto derechos universales, inherentes a todos los seres humanos por el simple hecho de existir, independientemente de cualquier status o título.²² En aquel momento, los Estados firmaron declaraciones y tratados en el ámbito internacional en los que se comprometieron, ante los demás Estados-partes, a respetar y promover a los derechos humanos de manera universal. A partir de esos tratados, el individuo pasó a ser un sujeto de derechos también en orden internacional, vinculándose con los demás Estados además de aquel en donde es ciudadano. Tomando la expresión utilizada por Luigi Ferrajoli, gran parte de los derechos fundamentales hoy tienen un carácter

²² Esa afirmación podría ser fácilmente objetada por la constatación de que las desigualdades en el nacimiento hoy siguen ocurriendo en virtud de las diferentes clases de ciudadanía en el orden mundial. Ferrajoli describe las diferentes bases de las desigualdades en tres momentos históricos. En la antigüedad, las desigualdades se fundamentaban preponderantemente sobre la negación de la identidad de la persona, mencionando como ejemplo a los esclavos. Posteriormente, las desigualdades se basan, además del motivo anterior, más frecuentemente en la falta de capacidad de obrar basada en el sexo, la educación, el censo. En la actualidad, las desigualdad derivan con más frecuencia del modelo de ciudadanía, “cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales y territoriales representa la última gran limitación normativa del principio de la igualdad jurídica” (2007, pág. 24).

supranacional, por lo que las obligaciones de derechos humanos también se originan del plan externo (2007, pág. 25 y 40).

En *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Ferrajoli construye, sobre la base de la idea de universalidad, cuatro elementos principales que distinguen los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales. Primeramente, señala que los derechos patrimoniales son singulares y excluyentes, puesto que para cada uno de ellos existe uno o más titular(es) determinado(s) con exclusión de todos los demás, mientras los derechos fundamentales son de titularidad universal. Así, los primeros estarían en la base de la desigualdad jurídica. En segundo lugar, los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables y personalísimos, mientras los patrimoniales, por su naturaleza, son disponibles, negociables y alienables, y pueden ser ejercidos en mayor o menor medida. Ello se verifica por la imposibilidad de alienarse la libertad a un tercero, tal como es posible realizar en relación a los derechos patrimoniales.

El tercer punto de distinción, observa Ferrajoli, radica en que los derechos fundamentales derivan inmediatamente de las leyes, a diferencia de los derechos patrimoniales, que se constituyen o modifican por actos jurídicos (como contratos, donaciones, testamentos, sentencias), y derivan apenas mediatamente de las normas jurídicas. Finalmente, la cuarta diferencia se observa en que los derechos fundamentales serían “verticales”, pues conllevan relaciones entre los individuos y el Estado, mientras los derechos patrimoniales son “horizontales”, es decir, son relaciones intersubjetivas de tipo civilista.

A partir de esas distinciones, Ferrajoli trata de desmitificar la tradicional confusión entre esas dos categorías de derechos, los fundamentales y los patrimoniales, los primeros derivados de las doctrinas iusnaturalistas y contractualistas y los segundos de la tradición civilista y romanista. Para el autor, hubo una yuxtaposición entre esas dos tradiciones, lo que resultó en una imprecisión. Ello se debe al “carácter polisémico” de la noción de propiedad, que puede remitir al derecho general a ser propietario o al derecho específico de propiedad sobre un bien determinado (Ferrajoli, 2007, pág. 29). Por lo tanto, Ferrajoli sostiene que “cuando se habla del “derecho de propiedad” como de un “derecho de ciudadanía” o “civil” semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho de convertirse en propietario, conexo (...) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos (...)” (2007, pág. 31). El derecho fundamental de propiedad, sería, así, eminentemente distinto de un derecho real de propiedad.

Jeremy Waldron, en su obra *The Right to Property*, se propone buscar una concepción de propiedad que sea compatible con las teorías de la justicia con base en derechos. El autor, de manera similar a la categorización de Ferrajoli, diferencia el derecho de propiedad de los demás derechos fundamentales. Para Waldron, la comprensión de la propiedad como un derecho humano suele justificar sociedades desiguales, en donde pocos concentran mucha propiedad, y no habría argumento con base en derechos que pueda justificar ello. Con base en la dicotomía propuesta por Hart en la obra *Are There Any Natural Rights*, Waldron recuerda que los derechos podrían ser básicamente de dos clases. Los derechos generales son aquellos cuyos titulares son todos los seres humanos, independientemente de una especial relación o

transacción, y se acercan a la definición de derechos humanos universales. En cambio, los derechos especiales se originan de relaciones específicas y son relativos únicamente a los que de ellas participan (Waldron, 1990, pág. 106 y ss.).

Tomando estas categorías como punto de partida, Waldron divide en dos ejes las justificaciones para el derecho de propiedad. Por un lado, estarían autores como John Locke y Robert Nozick, los cuales concebirían la propiedad como un derecho especial. Lo esencial de estas concepciones es que, aunque el derecho a ser propietario sea extensible a todos, el instituto de la propiedad solo importa para tutelar los derechos de aquellos que la adquieren. Para esta perspectiva, la igualdad de oportunidades solo existe en relación a la aptitud o capacidad de convertirse en propietario (eligibility to hold property). A partir del momento en que un individuo adquiere propiedad, incorpora las inmunidades contra la expropiación y las defensas contra los particulares. Sin embargo, el individuo que no es propietario no tiene cualquier tipo de protección especial, a no ser la posibilidad jurídica de convertirse en propietario. Así, las diferencias estructurales, que impiden a determinados sectores de la población a efectivamente acceder a la propiedad, no serían relevantes.

En cambio, para las concepciones que identifican a la propiedad con un derecho general, por ejemplo la sostenida por Hegel, pueden ser traducidas en un derecho **a la** propiedad, que no coincide con el derecho **de** propiedad. Bajo esa concepción, la propiedad sería un medio para el desarrollo moral de los individuos o para el ejercicio de las libertades. Para Hegel, el trabajo en la propiedad enseñaría a disciplinar la voluntad y a respetar a los recursos de los demás. Como consecuencia,

no bastaría con la mera oportunidad de adquisición en abstracto, lo relevante sería el efectivo acceso a la propiedad.

Es posible constatar que la teoría de Waldron avanza relativamente más en relación a lo que postula Ferrajoli. Mientras Ferrajoli sostiene que la única concepción de propiedad como derecho fundamental es la capacidad de convertirse en propietario, lo que sería clasificado como un derecho civil, Waldron apunta a una concepción de propiedad como un derecho general, es decir, de carácter universal. Así, mientras la universalización en Ferrajoli significa la simple capacidad de convertirse en propietario, para Waldron ella se refiere al efectivo acceso a los bienes.

Con base en lo anterior, podríamos construir algunas aserciones sobre la propiedad en relación a los derechos humanos. Lo primero es que la propiedad solo se perfectibiliza como un derecho humano, debiendo ser especialmente protegida, cuando se relaciona con la protección de los elementos mínimos necesarios para una vida con dignidad. Según el jurista brasileño Fábio Konder Comparato, la propiedad como un derecho humano se debe a su función de protección personal, pero “ni toda propiedad privada debe ser considerada un derecho fundamental y como tal protegida”. Mas allá aun, Comparato señala que la propiedad es un derecho-medio, y no un derecho-fin, es decir “la propiedad no es protegida en sí misma, sino que como instrumento de protección de valores fundamentales”. (Comparato, 1997, págs. 96-99)

Con eso en mente, deberíamos retomar las distinciones elaboradas por Waldron entre el derecho especial de propiedad y el derecho general a la propiedad y la realizada por Ferrajoli entre derechos patrimoniales y los fundamentales. La propiedad, por más que sea un derecho patrimonial o especial en algunas ocasiones,

obtendrá un status equivalente a un derecho fundamental o general siempre que sirva a una finalidad vinculada a la garantía de las condiciones elementales de vida, tales como vivienda y trabajo. También podríamos pensar en la protección de la propiedad para la finalidad de protección del medio ambiente, el patrimonio cultural o artístico, las tradiciones ancestrales, entre otros. En fin, existen diversas utilidades que pueden ser atribuidas a la propiedad de acuerdo a su vocación natural, es decir, los diferentes objetos de propiedad conllevan diversas funciones sociales (Silveira, 1998, pág. 12).

Sin embargo, lo que no se admite es la amplia protección de la propiedad cuando ella se fundamenta en la preservación del mercado en sí mismo. Para Carlos Rosenkrantz, el derecho de propiedad de una empresa que cotiza en bolsa sobre grandes extensiones de tierras cultivables “se justifica no en virtud de la importancia de la vida, la autonomía o la privacidad, sino, y si este fuera el caso, de una forma distinta y como un medio necesario para preservar, en una sociedad compleja como la nuestra, un sistema productivo – un sistema de adquisición y transferencia de recursos-, apto para maximizar nuestro bienestar colectivo” (Rosenkrantz, 2008, pág. 39). Desde la perspectiva de las teorías de los derechos humanos que hemos presentado aquí, no sería posible justificar tal protección. Ese tipo de propiedad, justamente por no fundamentarse en la vida, sería protegido por el derecho civil común, pero no por el derecho público o por los mecanismos de protección de los derechos humanos.

Así, es posible afirmar que en los casos en que la propiedad es un simple derecho especial o patrimonial su protección no es más que aquella enmarcada en el Derecho Civil. Por otro lado, en los casos en que la propiedad está vinculada a la

protección personal, y por ello es un derecho general o fundamental, deberá ser protegida por el Derecho Público así como por la amplia gama de mecanismos de protección de los derechos humanos. Como bien afirman Pisarello y Tedeschi, la propiedad debe ser repensada desde una perspectiva genuinamente democrática “no ya como el “derecho terrible” (...), sino como un derecho capaz de garantizar el disfrute real e igualitario del resto de derechos. En otras palabras: no como un privilegio al servicio de pocos, sino como un instrumento capaz de garantizar la democracia económica, asegurando a todas las personas, de manera sostenible y sin odiosas distinciones de clase, sexo o “raza”, las condiciones materiales para el autogobierno personal y colectivo” (2011, pág. 2).

El segundo punto es que ha llegado el momento de relativizar el rol de la propiedad en el Derecho como el medio único e exclusivo para garantizar la seguridad de la tenencia. La ficción de la propiedad como garante de y promotora de la productividad ya no rige. Como explica Antonio Azuela, la vivienda, a diferencia de otros bienes, “es un bien cuyo consumo no implica necesariamente un tipo de apropiación en particular, pero si implica algún tipo de apropiación” (Azuela, 1999, pág. 190), es decir, el acceso a la vivienda puede ocurrir de distintas formas. Aunque muchos trabajos han buscado demostrar “que la situación de los propietarios de su vivienda es, en sí, mejor que la de quienes ocupan una vivienda arrendada o viceversa, más recientemente se está abandonando esas posiciones principiológicas” (Azuela, 1999, pág. 190).

De igual manera, los instrumentos de derechos humanos dan cuenta de que la propiedad no es la única manera de asegurarse la permanencia de las personas en su

vivienda o la garantía para el trabajo en la tierra. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General n. 4, es preciso al enunciar que la satisfacción del derecho a la vivienda adecuada, inscripto en del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, requiere la garantía de seguridad jurídica de la tenencia, y no necesariamente la propiedad en sentido estricto. Así, al mencionar los elementos que son parte del contenido mínimo del derecho a la vivienda, aplicables a cualquier contexto, describe la seguridad jurídica de la tenencia de la siguiente forma:

La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.²³

Un ejemplo interesante es el caso de la concesión especial de uso para fines de vivienda en Brasil. Ante la imposibilidad de adquisición de tierras públicas por medio de la prescripción adquisitiva, se ha reglamentado la garantía de la concesión especial para los ocupantes de terrenos menores que 250 metros cuadrados, una vez transcurrido el plazo de 5 años, siempre que no posean otro inmueble a cualquier título.²⁴ Es decir, es un derecho sobre la tierra que se perfectibiliza solamente con el

²³ CDESC, Observación (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 1991) General n. 4, párr. 8 (a).

²⁴ Medida Provisoria n. 2.220, de 4 de setembro de 2001, art. 1°.

trascuro del tiempo y del cumplimiento de la función de vivienda, independientemente de la discrecionalidad de la administración pública. Es un instrumento que protege la seguridad de la tenencia de forma tan eficaz como la propiedad.

Por lo tanto, se puede verificar que el mito de la propiedad sagrada y absoluta no es compatible con una perspectiva de derechos humanos, la cual requiere una comprensión de la propiedad más vinculada a la protección personal que a la garantía de mantenimiento del sistema productivo. Por otro lado, la protección especial a la relación de un individuo con un inmueble que sirve para la vivienda, el trabajo, el patrimonio artístico o cultural, puede ocurrir de diferentes formas además de la propiedad tradicional.

2.2 El derecho de propiedad en los instrumentos internacionales de derechos humanos

La diversidad de concepciones plasmadas en los documentos internacionales de derechos humanos²⁵ y marcos jurídicos nacionales refleja la inexistencia de consenso entre la comunidad internacional sobre el contenido y alcance del derecho de propiedad, así como sobre las obligaciones que se derivan de ese derecho a los Estados y a terceros.

Se debe tener en cuenta que los instrumentos internacionales reconocen obligaciones de diferentes índoles relativas al derecho de propiedad. Todas las obligaciones estatales pueden ser clasificadas en tres categorías fundamentales, las cuales se aplican a todos los derechos humanos. En primer lugar, las obligaciones de **respetar** significan que el Estado no puede interferir directa o indirectamente en el ejercicio de un derecho, por ejemplo, no debe obstaculizar arbitrariamente en los modos tradicionales o costumbres de utilización de la tierra. En segundo lugar, las obligaciones de **proteger** requieren que el Estado impida que terceros menoscaben el ejercicio de un derecho, por ejemplo que terceros promuevan un desalojo forzado de un área ocupada legítimamente. Finalmente, la obligación de **cumplir** se subdivide en obligaciones de **facilitar, promover y garantizar**. Un Estado facilita un derecho adoptando medidas positivas que auxilien individuos y comunidades a ejercer el derecho. Promueve un derecho cuando adopta medidas para la difusión de información y educación sobre el derecho. Los Estados están obligados a garantizar

²⁵ Cuando nos referimos a los documentos o instrumentos internacionales de derechos humanos incluimos la amplia gama de tratados o pactos, declaraciones, resoluciones, programas de acción, observaciones generales, entre otros, emanados de los órganos de los sistemas universal y regional de derechos humanos, sin hacer distinciones sobre su carácter normativo-vinculante para los Estados.

un derecho cuando un individuo o grupo, por razones más allá de su control, no sean capaces de ejercerlo por sus propios medios.

En la mayor parte de los instrumentos de derechos humanos, se reconocen al menos aspectos negativos relativos al derecho de propiedad, es decir, obligaciones de respeto y garantía. Así, comúnmente se reconoce el derecho a no ser privado de la propiedad sin justa indemnización, y solamente por razones de utilidad pública, conforme se puede verificar en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. En algunos casos, la propiedad es mencionada como un motivo por el cual se prohíbe la discriminación, como es el caso del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁶ En general, esos instrumentos reconocen un derecho general a ser propietario sin cualquier tipo de discriminación, como lo hacen explícitamente la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²⁷ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁸.

²⁶ Nótese que en la traducción al español de los Pactos se refiere a la posición económica, mientras en las versiones en inglés y francés se hace referencia a “property” y “fortune”. (PIDESC, art. 2.2 – “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; PIDCP, art. 2.1 – “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”).

²⁷ Art. 5: *En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación*

En complementación a los instrumentos que reconocen solamente las obligaciones de respetar y proteger, se pueden identificar algunos instrumentos que consolidan también obligaciones de cumplimiento. Entre ellos, se puede mencionar a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que reconoce a todo individuo el derecho a efectivamente acceder a la propiedad.²⁹ En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se reconoce el derecho a acceder a la propiedad como un derecho-medio para satisfacer a las demás necesidades básicas y la dignidad del individuo y del hogar.³⁰ Un trazo distintivo de esa norma es que ella reconoce el derecho a la propiedad privada apenas en la medida en que sea necesario para la satisfacción de las necesidades y la dignidad, creando una limitación a la protección del instituto. Como discutiremos más adelante, esa disposición no se debe limitar a la propiedad, sino debe incluir otras formas legales que garanticen la seguridad jurídica de la tenencia, como el arrendamiento, el usufructo, la cesión.

Finalmente, también podemos mencionar la Declaración de Principios y Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Reforma Agraria y Desarrollo Rural de 1979, promovida por la FAO (la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación), entre los instrumentos que delimitan

racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) d) Otros derechos civiles, en particular: (...) v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros;(...).

²⁸ Art. 16.1: *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.*

²⁹ Art. 13.3: *Todo individuo tiene derecho a acceder a la propiedad y los servicios públicos en la estricta igualdad que tienen todas las personas ante la ley.*

³⁰ Art. XXIII: *Toda persona tiene derecho a la propiedad privada necesaria para satisfacer las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*

el contenido de las obligaciones de cumplir. En esa Conferencia, se determinaron distintas esferas de acción para los Estados en el ámbito interno, entre ellos el mayor acceso de los campesinos pobres a la tierra y a otros recursos y el establecimiento de un límite a la extensión de las explotaciones agrícolas privadas. En 2006, una nueva Conferencia Mundial sobre la Reforma Agraria y Desarrollo Rural fue realizada, pero en su declaración final no se hizo cualquier referencia explícita al contenido de las obligaciones relativas al derecho de propiedad, solamente se reconoció la necesidad de *promoción de mecanismos administrativos prácticos, sencillos y accesibles para garantizar los derechos sobre la tierra, tomando particularmente en cuenta los grupos marginados.*

Es importante destacar que, en el ámbito de la Carta Internacional de Derechos Humanos³¹, el derecho de propiedad fue solamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ese instrumento, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, no es estrictamente un acuerdo de carácter vinculante, aunque genere una conciencia de obligatoriedad y la adecuación de la práctica internacional (Pinto, 1997, p. 35)³². Posteriormente, en la preparación de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos - los cuales generan obligaciones vinculantes a los Estados que lo ratificaran pues poseen estatus similar a un tratado - no hubo consenso sobre en cuál de los proyectos debería incluirse el derecho ni sobre su contenido y alcance. Según el informe presentado por el Experto Independiente de las Naciones

³¹ La Carta Internacional de Derechos Humanos incluye a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

³² El carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue reconocido en 1970 por la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction, Light & Power Co. Ltd. (arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, paragraphes 33-34) (Pinto, 1997, p. 36).

Unidas sobre el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva, “aunque nadie puso en tela de juicio el derecho a la propiedad, hubo considerables diferencias de opiniones con respecto al concepto de propiedad, su papel y sus funciones y las restricciones a que debe someterse el derecho a la propiedad”.³³

Explica el Experto que, en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se formaron tres corrientes de pensamiento acerca del tema. Para la primera, el derecho de propiedad debería ser definido de manera amplia y general, de manera similar a la adoptada en la Declaración Universal, a fin de respetar los diferentes sistemas políticos y sociales en el mundo. Para un segundo grupo, el proyecto debería ser jurídicamente preciso, especificando limitaciones y condiciones para el ejercicio del derecho. Por último, otro grupo propuso un texto basado en el artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴, estableciéndose que todos individuos deben tener un mínimo de propiedad pero sin especificar el grado de protección internacional. Al final, la Comisión de Derechos Humanos decidió aplazar indefinidamente el examen de la inclusión del artículo, lo que resultó en una seria omisión respecto de la definición del derecho de propiedad en el ámbito de los derechos humanos.

En el ámbito normativo interno de los países, ocurre algo similar. La gran parte de los países tienen disposiciones que protegen la propiedad como institución del derecho civil, y muchos Estados también lo reconocen como un derecho

³³ E/CN.4/1994/19, párr. 34.

³⁴ Artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

fundamental.³⁵ Algunos países, sin embargo, confieren algunas otras dimensiones al derecho de propiedad. Un gran número de Constituciones consagran la función social de la propiedad como una fuente de obligaciones a cargo del propietario, como es el caso de México, Chile, Colombia o Bolivia. La Constitución de Colombia, por ejemplo, enuncia que la propiedad es una función social que implica obligaciones (art. 58). En el caso de Brasil, la Constitución prevé una consecuencia para el incumplimiento de la función social, que es la llamada “expropiación-sanción”, con una indemnización paga con títulos de la deuda pública rescatables en hasta 20 años. Asimismo, la Constitución define que se cumple la función social cuando se alcanzan niveles mínimos de productividad, el respeto al medio ambiente y las leyes laborales.³⁶

³⁵ E/CN.4/1994/19, párr. 64.

³⁶ Art. 184. *Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.(...)*

Art. 185. *São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva. (...)*

Art. 186. *A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*

2.3 La función social de la propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador

Con el propósito de aplicar los argumentos que hasta aquí han sido desarrollados, creemos que es importante observar como el derecho a la propiedad es aplicado por los órganos internacionales de protección de derechos humanos. A título ejemplificativo, vamos a hacer un análisis detallado del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, decidido recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷. Por más que la Corte se haya expedido en diversas oportunidades respecto del derecho a la propiedad, especialmente derechos de pueblos originarios, entendemos que este caso se reviste de una relevancia especial por aplicar la función social de la propiedad en el ámbito urbano. Asimismo, también llamaremos la atención para el cambio de enfoque de la Corte entre la sentencia de fondo y de reparaciones. En la primera, la Corte reconoce la violación del derecho a la propiedad en razón de una expropiación sin justa y previa indemnización. En la segunda, la Corte limita el derecho de la propietaria, entendiendo que el Estado solo la debe indemnizar el valor de la propiedad en el momento de la expropiación, excluido el valor acrecido a la propiedad por el transcurso del tiempo.

En el caso, María Salvador Chiriboga y Julio Guillermo Salvador Chiriboga, siendo que el último falleció durante la tramitación del proceso y la Señora Chiriboga heredó su patrimonio, presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a la expropiación de un terreno de su

³⁷ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179

propiedad por el Municipio de Quito sin el pago de la correspondiente justa y previa indemnización. Ante la no adopción de las recomendaciones que fueron presentadas al Estado de Ecuador por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁸, esta última decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte.

Los hermanos habían adquirido la propiedad, un predio de 60 hectáreas, por sucesión de su padre entre diciembre de 1974 y septiembre de 1977. El 13 de mayo de 1991 el Concejo Municipal de Quito declaró de utilidad pública con fines de expropiación y de ocupación urgente el bien inmueble de los hermanos Salvador Chiriboga. Como consecuencia, los hermanos Salvador Chiriboga han interpuesto diversos procesos y recursos ante las instancias estatales, con el fin de controvertir la declaración de utilidad pública, así como reclamar una justa indemnización. Pasados 15 años de la declaración de utilidad pública y realizada la ocupación del inmueble por el Municipio, no hubo una decisión judicial que fijara el valor del bien y ordenara el pago de una indemnización. En ese periodo, los hermanos Chiriboga no pudieron ejercer los atributos relativos a la propiedad sobre el área.

El área expropiada fue utilizada por el Municipio para la finalidad de la construcción del Parque Metropolitano de la Ciudad de Quito. Como ha señalado la Corte, por más que estuviera ubicada en el ambiente urbano, el área tenía restricciones a su utilización y no podría ser urbanizada. Las ordenanzas de los años 1981 y 1990, afectaban el predio al Parque Metropolitano y establecieron límites y el uso de toda la superficie del parque como área de recreación y protección ecológica de la ciudad de Quito (párr.71).

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo No. 78/05 de 15 de octubre de 2005.

La Corte ha encontrado violaciones a la Convención Americana en sus artículos 21 (derecho a la propiedad privada), 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Por ello, ha decidido que “la determinación del monto y el pago de la indemnización justa por la expropiación de los bienes, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas en la sentencia, se hagan de común acuerdo entre el Estado y los representantes, dentro de un plazo de seis meses” (párr. 134).

El punto que nos interesa analizar en la sentencia es precisamente la violación al derecho a la propiedad privada. El artículo 21 de la Convención Americana establece que

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

La Corte dejó en evidencia que el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, y que puede ser restringido en conformidad con el artículo 21.2 de la Convención (párr. 61). Ha destacado que:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento

fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional (párr. 60)

Asimismo, consideró que las restricciones que persiguen el interés social deben encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, utilizando “los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción” (párr. 63).

En el caso, verificó que se cumplió el requisito de la utilidad pública o interés social, considerando que la utilidad pública del área como un bien nacional de uso público no fue controvertido por las partes (párr. 67) y asimismo la constitución de un parque para la protección del medio ambiente y la recreación se justifica como una causa de utilidad pública legítima (párr. 76). Por otro lado, no fue satisfecho el requisito que se refiere al pago de una justa indemnización, que debería ser adecuada, pronta y efectiva (párr. 96), debido a la extrapolación del plazo razonable en los recursos, considerando que el primer recurso había sido presentado catorce años antes de la sentencia de la Corte sin que hubiera un fallo definitivo.

Sin embargo, entendemos que no existió una violación autónoma al derecho humano a la propiedad. Como demostramos en el capítulo 3.1, existe una diferencia entre la propiedad como un derecho patrimonial y la propiedad como un derecho humano. El terreno de titularidad de la Señora Chiriboga evidentemente no poseía los atributos necesarios para la protección de la propiedad como un derecho humano. No se vinculaba a la protección de valores fundamentales como la vida, la

vivienda y el trabajo, sino más bien con una expectativa de lucro a partir de la especulación inmobiliaria. Es decir, las posibles violaciones al derecho de propiedad en el proceso expropiatorio deberían ser analizadas desde la perspectiva del derecho civil interno, y no del derecho internacional de los derechos humanos. Por ese motivo, entendemos que estamos ante violaciones del debido proceso legal, sin que haya ocurrido una violación del derecho de propiedad merecedora de una especial protección en el ámbito de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Evidentemente, no podemos dejar de señalar las violaciones a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención. La falta de una decisión judicial definitiva en 15 años atenta contra la garantía judicial del debido proceso legal en un plazo razonable. Es decir, por más que existieran los recursos adecuados para que las víctimas reclamasen su derecho en el ámbito interno, esos no fueron efectivos debido a la extrapolación del plazo razonable. Por lo tanto, nuestra preocupación más bien se refiere a la interpretación según la cual la falta de pago de indemnización por un área no utilizada es considerada una violación de derechos humanos. Es decir, entendemos que por más que haya habido una violación de derechos humanos en el ámbito del derecho al debido proceso legal, lo mismo no se puede decir respecto al derecho a la propiedad protegido por el art. 21 de la Convención.

La propia Corte, para fundamentar la violación al artículo 21, debió recurrir a los artículos que protegen el debido proceso legal. En los párrafos 56, 58 y 59, para justificar la violación al derecho de propiedad, se refiere a la obligación de disponibilizar recursos judiciales efectivos y atenerse a plazos razonables para el

debido proceso legal, obligaciones establecidas en los artículos 8.1 y 25 de la Convención. Es decir, la violación al derecho de propiedad solo ocurrió debido a la extrapolación del plazo razonable en los procesos judiciales para la fijación de la suma a ser paga como indemnización, pero no por el Estado haber expropiado un inmueble que no estaba siendo utilizado por los propietarios.

A pesar de la orden de la Corte, las partes no llegaron a un acuerdo en relación al monto indemnizatorio, de tal manera que la Corte procedió a la etapa de reparaciones.³⁹ Considerando que la propuesta de contratación de un perito internacional no prosperó, y que las partes entendieron que la Corte era capaz de fijar la justa indemnización, la Corte procedió a fijar el valor de la indemnización del inmueble expropiado.

La señora Chiriboga ha pleiteado la indemnización por el valor integral del bien en el mercado, es decir, el valor necesario para adquirir otros bienes de similares características a aquel expropiado. Manifestó que el valor del bien en ningún caso podía ser menor a US\$130,60 por metro cuadrado, y señaló que el valor de la justa indemnización de la propiedad asciende a US\$84.326.787,50, más sus intereses. Por otro lado, el Estado manifestó que reconocería una pericia “apegada al valor real del bien sin tomar en cuenta la plusvalía [que] se ajusta a la realidad del país[...] al presupuesto anual municipal y[,] sobre todo bajo el criterio expuesto por la Corte [...] de que] una eventual indemnización no debe implicar un enriquecimiento ni empobrecimiento [de] la víctima”. En ese sentido, el Estado estimó que el valor del

³⁹ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222

terreno equivaldría a US\$9,36 por metro cuadrado, lo que daría un total de US\$6.043.635,25.

El Estado rechazó el valor exigido por la víctima por incluir la plusvalía, es decir, el valor agregado al bien sin el esfuerzo de la señora Chiriboga, señalando que

(...) los valores que exige la víctima por concepto de indemnización son excesivos, porque corresponden al valor por metro cuadrado de propiedades que han ganado plusvalía en la zona urbana a lo largo de los años y pueden ser ofertadas y demandadas libremente. Agregó que los representantes desconocen el hecho de que los terrenos en cuestión no tienen un futuro desarrollo habitacional y por ello no pueden valorarse como bienes que se encuentran en el libre mercado. Alegó que ni en la sentencia rendida en la jurisdicción interna ni en el informe pericial de Jakeline Jaramillo Barcia, presentado por los representantes, fue considerado que el inmueble en cuestión se encuentra dentro de una zona de protección ecológica, conforme a lo señalado por esta Corte en la Sentencia de fondo. El terreno posee coeficientes de ocupación mínimos del uno por ciento de su superficie y tiene además “varias limitaciones y prohibiciones”, las cuales influyen directamente en el precio o indemnización. (Reparaciones, párr. 39)

Siguiendo a la jurisprudencia internacional en demás casos de expropiación, la Corte señala que “el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y del propietario” (párr.60). Además, estima que “para fijar el valor de un bien objeto de expropiación, se debe tomar en cuenta sus características esenciales, es decir, naturales (tales como su ubicación o sus características topográficas y ambientales) y jurídicas (tales como las limitaciones o posibilidades del uso del suelo y su vocación)” (párr. 67). En ese sentido, la Corte

consideró que el inmueble, de acuerdo a sus características físicas, no es urbanizable y no cuenta con obras de infraestructura y servicios, y jurídicamente, “el terreno expropiado jamás fue considerado por la planificación municipal como terreno urbano o con posibilidad de urbanización” (párr. 70). En fin, “para que la justa indemnización sea adecuada se debe tomar como referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública de éste” (párr. 98).

Considerando las limitaciones jurídicas que afectan al predio, y en atención al justo equilibrio entre el interés público y el particular, la Corte fijó la suma de US\$18,705,000.00 como justa indemnización por el inmueble expropiado y sus accesorios. (párr. 84), sumándose US\$9,435.757,80 relativos a los intereses (párr. 101). El pago del valor adeudado debe ocurrir en dinero efectivo, en cinco tractos equivalentes, en el período de cinco años (párr. 102). Como reparación por el daño inmaterial, la Corte ha determinado el pago de una compensación, en equidad, por la suma de US\$10,000.00 a favor de la víctima (párr. 112). Además, a título de restitución por los impuestos y multas indebidamente cobrados, la Corte condenó el Estado a devolver a la víctima, en dinero efectivo, la cantidad total de US\$43.099,10, y los intereses correspondientes (párr. 124), además de otras medidas para la satisfacción y garantía de no repetición.

Es interesante hacer referencia al voto parcialmente disidente del Juez Diego García-Sayán. El Juez no coincidió con el monto estipulado por la Corte a título de justa indemnización, por entender que el concepto de “indemnización justa”, inscripto en el artículo 21.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no

se refiere a la “valorización comercial” sino a un proceso que combina varios factores y criterios (párr. 20).

El Juez menciona el caso *James and Others vs. United Kingdom*, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos justifica una compensación menor al valor total de mercado, cuando existan objetivos legítimos de interés público, como medidas de reforma económica o que busquen una mayor justicia social.⁴⁰ Asimismo, menciona una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se ha decidido que es posible establecer compensaciones menores al total del daño producido por la expropiación, es decir, la indemnización puede tener una función reparadora, pero que no siempre se deberá cumplir con una función restitutiva.⁴¹

En ese sentido, el Juez entendió que, en la ponderación sobre el equilibrio entre el interés general y el particular, se debería tomar en consideración el beneficio general resultante del Parque Metropolitano, y también las capacidades presupuestales del ente expropiante, que en el caso tiene recursos e ingresos muy limitados. En suma, el Juez advierte que se debe también tomar en consideración para la fijación del monto indemnizatorio su impacto sobre el presupuesto y las políticas sociales.

De manera similar, el Juez Sergio García Ramírez en su voto parcialmente disidente cuestiona el monto fijado por la Corte, señalando que el valor podría haber sido más moderado para “servir con mayor equidad a la solución del indudable problema que se presenta en la tensión entre el derecho de una persona a la propiedad

⁴⁰ ECHR, “*Case James y Others v. United Kingdom*”. Judgment of February 21, 1986, para. 50

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1074/02 del 4 de diciembre de 2002

privada y la expectativa social de la comunidad en cuyo beneficio se ha realizado la expropiación” (párr. 16).

Asimismo, el Juez advierte que el elevado monto refleja la sobrevalorización del derecho de propiedad en relación a los demás derechos protegidos por el sistema interamericano, mencionado que

(...) esta condena por violación del derecho a la propiedad particular es la más elevada en la historia de aquélla a lo largo de treinta años. Nunca antes se ha dictado condena que se aproxime siquiera a ese monto en casos de ejecuciones extrajudiciales (de alguna o algunas personas, o masacres que privan de la vida a decenas o centenares de seres humanos), ni en supuestos de torturas o desapariciones forzadas. (párr. 19)

Los dos votos anteriores han sido acompañados por el Juez Leonardo A. Franco. La Jueza Margarete May Macaulay ha disentido con la fijación de un plazo de cinco años para que el Estado cumpla la decisión, por entender que eso no corresponde a un plazo razonable para el pago de la justa indemnización.

A pesar del llamado de atención de los votos disidentes, sobre la posibilidad de fijación de un valor más moderado para la indemnización, entendemos que la sentencia de reparaciones de la Corte agrega relevantes argumentos en relación a la temática del derecho de propiedad. En primer lugar, aclara que el derecho del propietario sobre un bien no es absoluto e ilimitado, sino que está sujeto a limitaciones de orden público. En segundo lugar, hace una interpretación restrictiva del derecho a una justa indemnización en casos de expropiación, entendiendo que ello corresponde al valor del inmueble en el momento de la expropiación, sin considerar el

valor agregado por el transcurrir del tiempo sin el accionar del propietario, es decir la plusvalía. En ese sentido, la Corte afirma implícitamente que la propiedad, cuando no es utilizada para fines de subsistencia, no tiene la protección integral relativa a los derechos humanos y puede ser sometida a restricciones resultantes del interés general. Esas restricciones, en el caso, incluyeron la expropiación, el pago de una indemnización que excluye la plusvalía y el resarcimiento en un plazo de tiempo alargado. En fin, con la salvedad de que el derecho de propiedad en cuestión no merecería la atención del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la restricción que realiza la Corte en la sentencia de reparaciones es coherente con la idea de propiedad bajo una perspectiva de derechos humanos que hemos presentado en esta tesis.

Conclusiones

En ese trabajo, nos hemos dedicado a responder a algunas preguntas fundamentales acerca de la propiedad, o por lo menos presentar algunos elementos para contribuir en la formulación de las respuestas. En primer lugar, buscamos precisar si ha existido alguna teoría de la justicia en la justificación histórica de los derechos de propiedad. Hemos encontrado que los cambios legales relacionados con el establecimiento de los derechos de propiedad individual, especialmente durante las revoluciones liberales, representaran la consolidación de determinadas relaciones sociales preexistentes o en proceso de formación. Las justificaciones pensadas por la propiedad en la época del iluminismo sirvieron para consolidar derechos de antiguos propietarios feudales sobre sus tierras, bajo nuevas formas jurídicas. Asimismo, las primeras justificaciones de la propiedad, como la que fue presentada por John Locke, para quien la propiedad representaba la exteriorización del trabajo del hombre y sus ancestrales, incluían un derecho a la subsistencia que contrasta con la idea de propiedad sagrada y absoluta. Sin embargo, fue esa última idea la que prevaleció en la elaboración de códigos y declaraciones de derechos que hasta hoy influyen el pensamiento jurídico.

En segundo lugar, investigamos cuales han sido las propuestas de las teorías de la justicia con base en derechos al problema de la propiedad privada. Hemos elegido esas teorías como el marco para nuestro trabajo por entender que las justificaciones con base en teorías consecuencialistas o utilitaristas, que se contraponen a ellas, podrían conllevar restricciones inaceptables de derechos

individuales en favor del bienestar colectivo. Las teorías utilitaristas no admiten restricciones a los derechos de un propietario, por entender que el sufrimiento generado por la pérdida de la propiedad es mayor que los placeres generados por la redistribución. Para Jeremy Bentham, no se puede admitir ninguna restricción a la propiedad pues ello perjudicaría el bienestar general, justificando de esa manera incluso la servidumbre. Hemos mencionado que esas teorías son ampliamente subjetivas por comparar sentimientos que no se pueden medir. Igualmente, hemos contrarrestado el mito propuesto por ese modelo, según el cual la acumulación irrestricta de la propiedad conllevaría el aumento de la productividad y el desarrollo económico.

Hemos examinado la teoría de la justicia de Rawls, para quien los sistemas de propiedad son parte de la estructura básica de la sociedad, la cual es el objeto primario de la justicia. La propiedad privada aparece en la obra de Rawls como siendo parte del primer principio de justicia (igual libertad básica), y en otro momento como parte del segundo principio (el principio de la diferencia y la igualdad equitativa de oportunidades). Para Rawls, el primer principio tiene prioridad sobre el segundo, y dentro del segundo principio, la igualdad equitativa de oportunidades tiene prioridad sobre el principio de la diferencia. Para superar esa dualidad, hemos señalado que, en la teoría de Rawls, no todas las libertades serían parte de la lista de las libertades básicas, como es el caso de la propiedad de los medios de producción. En ese sentido, hemos propuesto pensar cuáles otras formas de propiedad serían parte del primer principio de justicia, y sugerimos la hipótesis de que las partes racionales y desinteresadas de la posición inicial propuesta por Rawls elegirían la propiedad para fines de vivienda o subsistencia.

También hemos analizado el lugar de la propiedad en la teoría de Dworkin, quien defiende modelo de justicia basado en la igualdad de recursos, que no significa que todos tengan riquezas iguales, sino que todas las personas sean tratadas con igual consideración para acceder a los recursos. Dworkin propone una subasta imaginaria, a partir de la cual se pueden emitir juicios sobre la estructura jurídica y los patrones de distribución de la propiedad privada. Hemos ponderado que la igualdad de recursos de Dworkin requiere una real posibilidad de acceso a la propiedad inmueble, y ello solo podría ocurrir por medio de restricciones a la acumulación de la propiedad que permitan su redistribución. En ese sentido, hemos presentado también la propuesta de Waldron relativa a un sistema de transferencia limitada de la propiedad, por medio de la tasación que se destine a la redistribución.

Por otro lado, hemos refutado la propuesta de Nozick en relación a los derechos de propiedad. Por más que su teoría se revista de una orientación deontologista, entendemos que basa su teoría en una hipótesis de acceso irrestricto a los recursos, no considerando la finitud de los recursos existentes, especialmente la tierra y los recursos naturales.

En tercer lugar, buscamos determinar si la propiedad privada podría constituir un derecho humano. Nos hemos referido a la crítica presentada por Ferrajoli a la frecuente confusión entre los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales, y los elementos que presenta para distinguir esas dos categorías de derechos. Ferrajoli concluye que existe una imprecisión en relación al derecho de propiedad, pues ello puede remitir al derecho general a ser propietario o el derecho específico de propiedad sobre un bien determinado. Una categorización similar es

defendida por Waldron, que, con base en la dicotomía presentada por Hart, se refiere al derecho general a acceder a la propiedad y el derecho especial que tutela los poderes de las personas sobre los bienes ya incorporados a su patrimonio.

Finalmente, verificamos cual es la concepción de propiedad adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, y si esa concepción es compatible con la que proponemos en este trabajo. Hemos señalado que, en el caso, la Corte protegió el derecho de propiedad sobre un área que no servía para satisfacer necesidades esenciales de la propietaria, sino que para especulación inmobiliaria. Por eso, demostramos que la propietaria no era titular de un derecho humano a la propiedad, sino que un derecho real de propiedad, lo que debería ser apenas protegido por los mecanismos internos del país y no por el sistema internacional de protección de derechos humanos. Por otro lado, identificamos que la posición inicial de la Corte cambió en la sentencia de reparaciones, en la cual hizo una interpretación restrictiva del derecho a una justa indemnización en casos de expropiación. La Corte sostuvo que la indemnización debe corresponder al valor del inmueble en el momento de la expropiación, sin considerar el valor agregado por el transcurrir del tiempo sin el accionar del propietario, es decir la plusvalía. En ese sentido, la Corte afirmó implícitamente que la propiedad, cuando no es utilizada para fines de subsistencia, no tiene la protección integral relativa a los derechos humanos y puede ser sometida a restricciones resultantes del interés general.

También es posible concluir que muchos de los autores que hemos estudiado, en alguna medida, reconocen el carácter polisémico de la propiedad. Son los casos de la propiedad como una libertad básica o una parte de la igualdad de

oportunidades (Rawls), el derecho general a la propiedad o un derecho especial de propiedad (Waldron), el derecho fundamental y el derecho patrimonial (Ferrajoli). Esas dicotomías demuestran la dificultad que existe en determinar con precisión cuál es el contenido del derecho de propiedad, cuales las obligaciones que se derivan de él y cuáles son los poderes de los propietarios. Ese es en parte el motivo por lo cual, como mencionamos, la propiedad no ha sido incorporada a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y también explica la falta de profundización del contenido y alcance del derecho de propiedad en comparación a los demás derechos humanos.

Por otro lado, creemos que no es posible responder integralmente a la pregunta sobre la existencia o no de un derecho a acceder a la propiedad. En ese punto quedaron algunas interrogantes abiertas. Como menciona Waldron, algunos autores sostienen la existencia de un derecho general a acceder a la propiedad. El derecho a la propiedad es reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como un derecho de toda persona que puede ser ejercido individual o colectivamente, y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como un derecho de toda persona en la medida en que sirve para satisfacer las necesidades esenciales. No hemos adentrado en profundidad en un debate sobre una posible justificación de ese derecho de acceso a la propiedad. No obstante, sería difícil sostener el carácter imprescindible de ese derecho ya que las necesidades básicas que protegería también pueden ser garantizadas por otros derechos reales que aseguren la seguridad de la tenencia. Igualmente, los bienes que ese derecho protegería, como por ejemplo la vivienda o el trabajo, son también reconocidos como derechos humanos universales. En ese sentido, tal vez sea necesario buscar una justificación para un derecho a

acceder a la propiedad, pues ella siempre coincidiría con la de otro derecho ya existente.

En cambio, el problema de la protección del derecho a la propiedad como un derecho humano ha sido explorado en más profundidad en esta tesis. Se ha podido verificar que la propiedad solamente detendrá la protección especial relativa a los derechos humanos o del principio de la igual libertad en los casos en que se vincule a la garantía de las condiciones mínimas de vida. Restaría definir con precisión cuáles son esos casos. Esa podría ser una tarea relevante para los órganos internacionales de control y monitoreo de derechos humanos.

Finalmente, otro tema que ha sido poco explorado y puede ser más desarrollado es la existencia de un derecho humano a la propiedad en el orden jurídico de Argentina. Como hemos destacado, la Constitución Argentina adopta una concepción fuerte de propiedad con escasos límites (artículos 14 y 17). No obstante, la reforma constitucional de 1994 otorgó a una serie de convenciones y declaraciones de derechos humanos el rango constitucional, entre ellas la Convención Americana de Derechos Humanos que incorpora el principio de la función social de la propiedad y la prohibición de usura y toda forma de explotación del hombre sobre el hombre (art. 75, inc. 22). Es necesario profundizar cómo debe ser una lectura combinada de esas dos concepciones. Una posible solución sería formular una concepción combinada, en la cual la propiedad solamente sería inviolable, y objeto de la máxima protección cuando esté en equilibrio con los principios expresos en los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución.

Bibliografía

- Ackerman, B., & Alstott, A. (1999). *The Stakeholder Society*. New Haven : Yale University Press.
- Azuela, A. (1999). *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*. México: El Colégio de México, Centro de Estudios Demograficos y de Desarrollo Urbano.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (25 de noviembre de 1993). *Informe presentado por el Experto Independiente sobre el derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva (E/CN.4/1994/19)*.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (1991). *Observación General n. 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*.
- Comparato, F. K. (1997). Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)*, 1 (3), 92-99.
- Congost, R. (2007). *Tierras, Leyes, Historia. Estudios sobre la "gran obra de la propiedad"*. Barcelona: Crítica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222). *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud Soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. (F. Aguiar, & M. J. Bertomeu, Trans.) Barcelona: Paidós.
- Ferrajoli, L. (2007). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* (tercera ed.). (A. de Cabo, & G. Pisarello, Edits.) Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. (2003). *Entre utilidad y derechos*. (E. L. Montealegre, Trad.) Universidad Externado de Colombia.
- Locke, J. (2005). *Two Treatises of Government*. Project Gutenberg ebook.
- Nozick, R. (1990). *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Paine, T. (1797). *Agrarian Justice*. Disponible en: <http://www.thomaspaine.org/Archives/agjst.html>.
- Pinto, M. (1997). *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: del Puerto.
- Pisarello, G., & Tedeschi, S. (2011). *Propiedad y Constitución: del "derecho terrible" a la democracia económica*. Mimeo.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la Justicia*. (M. D. González, Trad.) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

- Rawls, J. (2002). *Uma Teoria da Justiça*. (A. Pissetta, & L. M. Esteves, Trans.) Sao Paulo: Martins Fontes.
- Rose, C. (2010). La retórica de la propiedad. En C. Rose, *El Derecho de Propiedad en Clave Interdisciplinaria* (L. S. Grosman, Trad.). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Rosenkrantz, C. (2008). Restricciones a los derechos de propiedad en circunstancias de escasez. En *Derecho y propiedad: SELA 2008* (págs. 38-50). Buenos Aires: Librería.
- Silveira, D. S. (1998). A propriedade agrária e suas funções sociais. En D. S.D., & F. Xavier, *Direito Agrário em Debate* (págs. 11-25). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Smith, T. W. (2001). *What Happened to Property in Law and Economics?* (Vol. 111). Yale Law Journal.
- Waldron, J. (2001). Property, Honesty and Normative Resilience. En S. R. Munzer, *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (págs. 10-35). Nueva York: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (1990). *The Right to Private Property*. Oxford: Clarendon Press.

CURRICULUM VITAE
FERNANDA LEVENZON

EDUCACIÓN

Maestría en Derechos Humanos y Derecho Constitucional (2006 al presente, pendiente de defensa de tesis)

Universidad de Palermo, Argentina
Promedio final: 8,44

Licenciada en Ciencia Jurídicas y Sociales con laurea académica (2001-2005)

Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul

Abogada según el Registro n° 62.766 de la Ordem de Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul (en licencia)

Monografía presentada: Construcción de los Contornos, Contenido y Justiciabilidad del Derecho a la Vivienda a partir Del dialogo entra las fuentes de Derecho Constitucional e Internacional

CURSOS

Dimensiones Jurídicas de las Políticas del Suelo (en curso)

Lincoln Institute of Land Policy

Postgrado en Derecho Urbanístico y Gestión del Suelo (2006)

Lincoln Institute of Land Policy e Instituto del Conurbano de la Universidad General Sarmiento

EXPERIENCIA PROFESIONAL

Oficial Legal del Programa de Derecho al Agua del Centro por el Derecho a la Vivienda contra Desalojos (COHRE), con base en Porto Alegre, Brasil (2007-2010)

Investigación, publicaciones, capacitación y networking, incidencia y campañas en relación a DESC y en particular con derecho al agua y al saneamiento y a la vivienda en América Latina y Brasil. Preparación de informes de países para los sistemas de protección de derechos humanos.

Pasante en CEJIL – Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, en Buenos Aires (2006)

Colaboración en investigaciones, demandas y traducciones.

Asistente de investigación en el Programa para las Américas de COHRE (2006 - contrato de corta duración)

Investigación acerca de los efectos de grandes proyectos de desarrollo en los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente el derecho a la vivienda, en México, Honduras y Guatemala.

Abogada del Estudio Jurídico Levenzon Abogados Asociados (2004-2005)

Actuación en causas de derecho civil, comercial, administrativo y laboral.

Pasante en la Procuraduría Regional de los Derechos del Ciudadano, Ministerio Público Federal de Brasil (2002-2004)

Contribución en procesos judiciales y extrajudiciales: inquéritos civiles públicos (actuaciones de oficio), recomendaciones, oficios, audiencias públicas, acciones civiles públicas, mandados de segurança (amparos), conferencias, talleres. Actuación en favor y con la participación de diversos sectores de la sociedad, como personas con discapacidad, indígenas, quilombos, trabajadores sexuales, GLTTBI, trabajadores rurales, inmigrantes, pobladores de áreas informales y cuestiones de género, tortura y discriminación.

IDIOMAS

Inglés	fluyente	Francés	intermedio
Español	fluyente	Portugués	lengua materna

ACTIVIDADES ACADÉMICAS

Becaria de la FAPERGS – Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (2002)

Investigación “Derecho a la vivienda y la usucapión colectiva: la intersección entre el derecho no-oficial e las normas jurídicas”, orientada por el Prof. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Coordinadora del Servicio de Asesoría Jurídica Universitaria de la Universidad Federal del Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS) (2002)

Ejecución de las actividades institucionales, desarrollo de proyectos para la entidad, búsqueda de fondos y representación en encuentros de estudiantes y de la sociedad civil organizada.

Asesora jurídica popular en el SAJU/UFRGS (2001-2004)

Litigio en procesos civiles y administrativos; educación popular en derechos humanos y ciudadanía en escuelas públicas del Municipio de Porto Alegre; capacitación de liderazgos populares para la participación en los procedimientos de regularización dominial y defensa del derecho a la vivienda en barrios informales.

CONCURSOS PÚBLICOS

- Examen de Admisión en la Facultad de Derecho de la UFRGS (Concurso Vestibular) (2001) – Aprobada en cuarto lugar entre 1750 inscriptos
- Aprobada en **primer** lugar y nombrada en el concurso para Analista Judicial/Área Judicial/Sin Especialidad del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región en Brasil (2004) (entre 43 mil candidatos para 314 vacantes, no puede incorporarme al puesto por no poseer el título de abogada en el momento)
- Aprobada para Analista /Área Procesal do Ministerio Público de la Unión en Brasil (2004)

- Aprobada para Analista Judicial/Área Judicial/Sin Especialidad del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región en Brasil (2007)
- Aprobada y nombrada para Analista /Área Procesal do Ministério Público de la Unión en Brasil (2007) (lugar 50 entre 5.925 inscriptos, no me incorporé por haber empezado a trabajar en COHRE)

PUBLICACIONES

- COHRE, A efetivação do direito à água e ao saneamento no Brasil. Porto Alegre, 2008.

Co-autoría

- COHRE, Desalojos forzosos y derechos humanos. Un análisis de la aplicación de la garantía del debido proceso legal. Porto Alegre, Ed. Dom Quixote, 2010
- COHRE, Legal Resources for the Right to Water and Sanitation: International and National Standards, 2^a updated and extended edition, 2010

Artículos

- El agua y el saneamiento en el territorio urbano desde el derecho internacional de los derechos humanos. En: CENSAT, Dos millones de firmas por el Agua. Bogotá, 2009.
- La implementación efectiva del derecho al agua en América Latina. En: Conclusiones del 4º Foro Agua para el Desarrollo: El derecho humano al agua. Madrid, Fundación Canal, 2009.
- Direito ao Saneamento Ambiental nos Planos Municipais: uma reflexão a partir da Lei Nacional de Saneamento Básico. Em: Caderno de Subsídios para a Elaboração dos Planos Municipais de Saneamento Ambiental. FASE, 2010

CURSOS Y PRESENTACIONES

- Ponencia “Estândares internacionais e seu reconhecimento nas leis nacionais”, em el Seminário “Desafios para a Realização do Direito à Água e o Saneamento no Brasil,” promovido por COHRE, com apoio del Ministério Público del Estado do Rio Grande do Sul, del Forum Nacional da Reforma Urbana, entre otros. Porto Alegre, 15 e 16 de diciembre de 2007
- Facilitadora en el “7th Annual Global Programme on Human Rights Based Development”, São Paulo, 30/11/2008 a 10/12/2008, promovido por Dignity International
- Ponencia “A campanha pelo reconhecimento do direito à água e ao saneamento no Conselho de Direitos Humanos: benefícios, estratégias e vínculos com as lutas populares”, em el Taller “Estratégias para a exigibilidade do direito à moradia e à terra, à água e ao saneamento”, promovido por COHRE, Anistia Internacional, CEJIL, FIAN Alemanha e Rede Ecumênica da Água. Forum Social Mundial, Belém do Pará, 28 de enero de 2009.
- Conferencia “Desarrollo de Leyes y Políticas para el Cumplimiento del Derecho al Saneamiento”, en el Seminario “Derecho al Saneamiento: una Mirada desde la Cooperación al Desarrollo”, en Zaragoza, España, 2 de junio de 2009, promovido por la Fundación Ecología y Desarrollo.
- Conferencia “Implementación Efectiva del Derecho al Agua en Latinoamerica”, en el 4º Foro Agua para el Desarrollo, en Madrid, España, 4 de junio de 2009, promovido por la Fundación Canal de Isabel II.

- Ponencia “Utilizando indicadores de Derechos Humanos para la elaboración de un informe”, en el Taller “La exigibilidad y justiciabilidad de los DESC en Ecuador: un aporte para la construcción del Estado Plurinacional”, en Quito, Ecuador el 25 y 26 de septiembre de 2009, organizado por Centro de Derechos Económicos, Sociales (CDES), FoodFirst Information and Action Network (FIAN) Ecuador y Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PIDHDD), capítulo Ecuador.
- Ponencia “A Lei e os Planos de Saneamento na Perspectiva do Direito”, en el Ciclo de Debates “A Lei 11.445 e os Planos de Saneamento: Desafios Possibilidades para a Democratização da Política de Saneamento Ambiental”, Rio de Janeiro, 14 de diciembre de 2009, promovido por FASE, PROURB/UFRJ e IPPUR/UFRJ.

DETALLES PERSONALES

Fecha de Nacimiento 10 de febrero de 1981

Nacionalidad Brasileña

DNI 94494582 (residencia permanente en Argentina)

Dirección: Migueletes 1632, 6° piso, Dto. “A”, Ciudad de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: 11 4780 1686

Móvil: 15 3820 7958

Email: fernanda.levenzong@gmail.com